Homenaje Aniversario de la SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

25 Año de las Bodas de Plata de la Sociedad

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

HOMENAJE ANIVERSARIO DE LA SPDTSS

PRIMERA EDICIÓN
NOVIEMBRE 2013

500 ejemplares

Prohibida su reproducción
total o parcial
DERECHOS RESERVADOS
D. Leg. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL
DEL PERÚ
2013-18212

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

REGISTRO DE PROYECTO
EDITORIAL
11501221300962

Diseño de carátula
y diagramación de interiores

Martha Hidalgo Rivero

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RUC Nº 20108098512

Av. Víctor Andrés Belaunde Nº 395
San Isidro, Lima

Impreso en:

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

CONTENIDO

Presentación 15

DERECHOS FUNDAMENTALES

EL *JUS COGENS* LABORAL: LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES RECOGIDOS EN NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO

Introducción 19
I. El *jus cogens* en el Derecho Internacional general 22
II. El *jus cogens* laboral 33
III. La eficacia jurídica del *jus cogens* laboral en los ordenamientos nacionales 40
Reflexión final 43

DERECHOS DE LA PERSONA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DEL EQUILIBRIO FLEXIBLE ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

I. Un problema, a fin de cuentas, no resuelto 49
II. Profundizando en las razones del entrampamiento 51
III. La progresiva construcción de una respuesta para un problema capital 55
IV. La "marcha triunfal" del test de proporcionalidad como fórmula de solución de los conflictos entre derechos fundamentales y su incompleta aplicación en el ámbito laboral 58
V. ¿Cómo realizar la difícil tarea de ponderar en el seno de la relación de trabajo? ... 61
VI. Unos matizados, pero finalmente positivos, resultados 67

DERECHOS LABORALES EN GENERAL

ÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Introducción 71
I. El contenido ético del contrato de trabajo 72
II. En tiempos de globalización y neoliberalismo 77

III. Los modernos rumbos: la entronización de los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales 83
IV. La responsabilidad social empresarial: una respuesta desde el mundo empresarial 91

REGLAS CIVILES Y LABORALES: VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

I. Aplicación supletoria del Derecho Civil al Derecho Laboral 96
II. Eficacia y validez del contrato de trabajo..... 98
III. Supuestos de nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo 104

25 AÑOS DEL DERECHO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL: CAMBIOS Y DESAFÍOS

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

I. Introducción..... 117
II. Fines de la década de los ochenta y creación de la SPDTSS 118
III. Los noventa y lo mucho que ha cambiado 121
IV. La última década y la bonanza económica..... 124
V. Etapa de desaceleración económica y los grandes desafíos..... 128
VI. A manera de conclusión 131

LA FLEXIBILIDAD REVISITADA: A 25 AÑOS DE LAS REFORMAS LABORALES SOBRE CONTRATACIÓN TEMPORAL

CARLOS GUILLERMO MORALES

I. El escenario populista: 1985-1990 133
II. Ajuste estructural y reforma laboral: 1990-2000 137
III. Contrarreforma laboral: reconstitucionalización del Derecho Laboral y Proyecto de Ley General del Trabajo (2001-2013)..... 145
IV. A manera de colofón y reflexión final 150

ESTABILIDAD LABORAL: 43 AÑOS DESPUÉS

ALFONSO DE LOS HEROS

LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS EN LOS ÚLTIMOS VEINTICINCO AÑOS

PEDRO G. MORALES CORRALES

I. Introducción..... 171

I. Antecedentes 172
II. La compensación por tiempo de servicios 176
III. Intentos de desnaturalización de la CTS anteriores a la Ley Nº 29352..... 177
IV. Vigencia de la CTS y necesidad nuevamente de potenciarla 184
V. Reflexiones finales..... 185

SUBCONTRATACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES Y BALANCE LEGISLATIVO

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS

I. Introducción..... 187
II. Aproximación al fenómeno complejo de la subcontratación: breves nociones conceptuales, causas y consecuencias del mismo 189
III. Regulación de la subcontratación en el Perú..... 195
IV. Reflexiones finales..... 204

GLOBALIZACIÓN Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: ENTRE EL SUEÑO Y LA QUIMERA

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

I. Del tiempo de trabajo, la vida y la globalización 207
II. La regulación general del tiempo de trabajo 216
III. La jornada máxima en América Latina y sus caminos de reducción 219
IV. Colofón..... 227

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

CARLOS CORNEJO VARGAS

I. Introducción..... 229
II. Jornada de trabajo..... 230
III. Tipos de jornada 231
IV. Facultades del empleador 241
V. Trabajadores liberados de la obligación de observar la jornada máxima..... 244
VI. Horario de trabajo..... 246
VII. Refrigerio..... 248
VIII. Control de la asistencia y tiempo de trabajo..... 250
IX. Jornada extraordinaria 251
X. Compensación 255
XI. Conclusiones 256
XII. Pautas para una eficiente gestión del tiempo de trabajo..... 258

EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR

LUZ PACHECO ZERGA

I. Fundamento jurídico del deber de obediencia 259
II. Deber de obediencia del trabajador y respeto a la dignidad 263
III. Deber de obediencia en la conducta laboral en el Derecho Comparado 264
IV. Deber de obediencia en la conducta laboral en el Derecho nacional 270
V. Deber de obediencia en la conducta privada 273
VI. Conclusiones 279

PODER DE FISCALIZACIÓN Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: ALGUNOS FALLOS DE LA CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

ISABEL HERRERA GONZALES-PRATTO

I. Introducción 283
II. Intereses en conflicto 284
III. Los fallos de la jurisprudencia francesa 285
IV. Los fallos del Tribunal Constitucional peruano 287
V. Comentario final 297

EL TELETRABAJO: UNA APROXIMACIÓN A UN FENÓMENO COMPLEJO

VÍCTOR FERRO D.

I. Resumen 301
II. Concepto de teletrabajo 301
III. Elementos configuradores 303
IV. Beneficios y perjuicios 304
V. Modalidades del teletrabajo 307
VI. Teletrabajo y contrato de trabajo 308
VII. Ejercicio de derechos colectivos 311
VIII. Seguridad y salud en el trabajo 311
IX. El teletrabajo y la tercerización de servicios 312
X. Conclusiones 316

TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ

LUIGINO PILOTTO CARREÑO

I. A modo de introducción 319
II. Conceptos básicos 323
III. La problemática en América Latina 325
IV. Análisis situacional de la realidad nacional 327

DISPARATAR LABORAL: LA CONFUSA REGULACIÓN DE LA ASIGNACIÓN FAMILIAR Y DE LAS GRATIFICACIONES LEGALES

DANIEL ULLOA MILLARES

I. La asignación familiar 342
II. Las gratificaciones legales 350

LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO

GUILLERMO BOZA PRÓ

I. El privilegio de los créditos laborales 356
II. Procedimiento para el reconocimiento de los créditos laborales 359
III. La cesión de los créditos laborales 366
IV. La representación de los créditos laborales 373

DERECHO COLECTIVO

EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL

JAIME ZAVALA COSTA

I. Introducción 379
II. Los conflictos laborales y la negociación colectiva 380
III. El contrapliego empresarial 386
IV. El contrapliego empresarial y la flexibilización laboral 397
V. Conclusiones reflexivas 402

LA HUELGA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

MAURO UGAZ OLIVARES

I. Una necesaria introducción 407
II. Concepto de huelga: el modelo estático y dinámico 413
III. La regulación de la huelga en la Constitución de 1993 414
IV. La regulación legal del derecho de huelga 415
V. Conclusiones 424

PROPIAS PERO TAN AJENAS APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS AUTO Y HETEROCOMPOSITIVAS PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

MARIO PASCO LIZÁRRAGA

Introducción 425

I. Métodos de solución de los conflictos colectivos de trabajo 426
II. El sistema de solución de los conflictos colectivos hasta antes de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo 427
III. El sistema de solución de los conflictos colectivos a partir de la vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo 432
IV. El sistema actual de solución de los conflictos colectivos 434
V. La inexistente búsqueda del acuerdo 437

LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

JAVIER ARÉVALO VELA

I. Introducción 439
II. Evolución legislativa 439
III. Los derechos colectivos de los trabajadores en los instrumentos internacionales de la OIT 441
IV. El Convenio Nº 151 de la Organización Internacional del Trabajo 443
V. Los derechos colectivos de los servidores públicos en la Constitución de 1993 . 444
VI. El derecho a la libertad sindical de los servidores públicos 445
VII. El derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos 449
VIII. El derecho de huelga de los servidores públicos 456
IX. Conclusiones 461

SUBCONTRATACIÓN Y SINDICATOS

RAÚL G. SACO BARRIOS

I. Concepto y problemática 464
II. Causas de la subcontratación 466
III. ¿Debe permitirse la sindicación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas? 470
IV. Soluciones posibles 473

DERECHO PROCESAL LABORAL

NUEVOS SISTEMAS PROCESALES DE TRABAJO EN AMÉRICA LATINA

ADOLFO CIUDAD REYNAUD

I. Introducción 485
II. Sistema de juicios orales 486
III. Estructura del proceso 490
IV. La revisión judicial 495
V. Procedimientos abreviados de menor cuantía 499
VI. Modalidades especiales de tutela de derechos fundamentales 504
VII. Modalidades especiales para conflictos colectivos jurídicos 511

EL ÁMBITO DEL ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

MICHAEL VIDAL SALAZAR

I. Justificación de un orden jurisdiccional laboral: la justicia laboral 515
II. Delimitación del ámbito del orden jurisdiccional laboral: el papel de la competencia por razón de materia 519
III. Comentario final 534

MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LABORAL DESDE 1988-2013

VICTORIA AMPUERO DE FUERTES

I. Introducción 535
II. Decreto Supremo Nº 003-80-TR del 26 de marzo de 1980 536
III. Decreto Legislativo Nº 384 del 29 de agosto de 1986 537
IV. Reforma de la Administración de Justicia Laboral 538
V. Ley Procesal de Trabajo Nº 26636 del 21 de junio de 1996 543
VI. Nueva Ley Procesal de Trabajo Ley Nº 29497 545
VII. Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral 548

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA LEY Nº 29497

RÓGER E. ZAVALETA CRUZADO

I. Introducción 553
II. Concepto 554
III. Análisis del principio en la NLPT 555
IV. Requisitos de la contestación 555
V. Motivación de las resoluciones 555
VI. El principio de congruencia y la etapa de ejecución 557

NECESIDAD DE INTRODUCIR ALGUNAS MODIFICACIONES A LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO

FERNANDO ELÍAS MANTERO

I. Cambio de paradigma 561
II. Características esenciales del nuevo proceso laboral 562
III. Análisis de situaciones específicas que se presentan 566
IV. Desviaciones procesales 570
V. Conclusiones 573

JURISPRUDENCIA LABORAL

LA JURISPRUDENCIA LABORAL DEL PERÚ EN LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS

JAIME BELTRÁN QUIROGA

I. La jurisprudencia como fuente del Derecho 577
II. El Tribunal de Trabajo en los años ochenta 580
III. El fuero de trabajo y comunidades laborales 585
IV. La Corte Suprema de Justicia de la República 588
V. El Tribunal Constitucional 593
vi. Conclusión 595

SEGURIDAD SOCIAL

25 AÑOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN EL PERÚ

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT

I. El Sistema Nacional de Pensiones 600
II. El Sistema Privado de Pensiones 604
III. El regreso del Sistema Privado al Público de Pensiones 607
IV. La reforma del Sistema Privado de Pensiones 611
V. Del régimen previsional del Estado 614
VI. Comentario final 620

DERECHO PENAL Y APORTES PENSIONARIOS: LA NECESIDAD DE UNA LEY SOBRE DELITOS PREVISIONALES

CÉSAR ABANTO REVILLA

I. Notas introductorias sobre el tema pensionario 623
II. La regulación del delito de apropiación ilícita de las aportaciones 626
III. La necesaria promulgación de una Ley de Delitos Previsionales 633

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2013-2015

Presidente	:	Jaime Zavala Costa
Vice-Presidente	:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario	:	José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Pro-Secretario	:	Carlos Alberto Quispe Montesinos
Tesorero	:	Carlos Guillermo Morales Morante
Pro-Tesorero	:	Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	:	Raúl Guillermo Saco Barrios
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas	:	Martín Alberto Carrillo Calle
Secretario de Relaciones Internacionales	:	César José Gonzales Hunt

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

Presidente	:	Juan Carlos Cortés Carcelén
Vice-Presidente	:	Guillermo Boza Pró
Secretaria	:	Liliana Pilar Tsuboyama Shioharna
Pro-Secretario	:	César Alfredo Puntriano Rosas
Tesorero	:	Mauro Ugaz Olivares
Pro-Tesorero	:	Estela Ospina Salas
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	:	Daniel Augusto Ulloa Millares
Eventos y Reuniones Científicas	:	Orlando De las Casas De la Torre Ugarte
Relaciones Internacionales	:	Jaime Zavala Costa

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

Abanto Revilla, César
Alva Hart, Beatriz Regina
Aparicio Valdez, Luis (†)
Acevedo Mercado, Jorge Luis
Ampuero de Fuertes, Victoria
Arbulú Alva, Luis

Arce Ortiz, Elmer
Arévalo Vela, Javier
Balta Varillas, José
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Carrillo Calle, Martín Alberto
Castro Otero, José Ignacio
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cortés Carcelén, Juan Carlos
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Gamarra Vilchez, Leopoldo
Gonzales Hunt, César José
Herrera Gonzales-Pratto, Isabel
Marcenaro Freís, Ricardo Arturo
Mejía Madrid, Renato
Morales González, Néstor
Mortola Flores, Italo Román
Ospina Salas, Estela
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Lizárraga, Mario
Prelle Mayuri, Herbert
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Olivares, Mauro
Vidal Bermúdez, Álvaro
Villacorta Ramírez, Edmundo
Vinatea Recoba, Luis
Balbín Torres, Edgardo Sergio
Barrenechea Calderón, Julio César
Boza Pró, Guillermo
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Castillo Montoya, Nixon Javier
Cavalié Cabrera, Paúl
Cornejo Vargas, Carlos
De las Casas De la Torre Ugarte, Orlando
Ferro Delgado, Víctor
García Granara, Fernando
Gonzales Nieves, Orlando
Herrera Vásquez, Ricardo
Mayorga Miranda, Víctor
Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario Martín
Pilotto Carreño, Luigino
Puntriano Rosas, César Alfredo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Tsuboyama Shiohama, Liliana
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Salazar, Michael
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger Enrique

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

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

PRESENTACIÓN

LIBRO HOMENAJE POR LAS BODAS DE PLATA DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha cumplido 25 años de vida institucional, y conmemorando sus Bodas de Plata ha decidido entregar a la comunidad científica nacional e internacional un libro aniversario en el que han participado treinta miembros activos de nuestra Sociedad.

La Sociedad fue fundada el 14 de julio de 1988, gracias a la visión y empuje del doctor Luis Aparicio Valdez, a la sazón su primer presidente, contando con la valiosa participación de los socios fundadores Mario Pasco Cosmópolis y Roger Zavaleta Cruzado, conforme consta en la escritura pública otorgada ante el notario público de lima, doctor Carlos Augusto Sotomayor Bernós, el día 11 de agosto de 1988, que se considera como fecha conmemorativa del aniversario de nuestra Sociedad.

Nuestra misión institucional, y que se ha mantenido incólume con el paso de los años, ha sido la de erigirse en un referente académico en las materias del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, para cuyos efectos ha venido congregando a los especialistas más reconocidos del medio nacional e internacional con un enfoque plural e interdisciplinario.

Asimismo, nuestra Sociedad es la única filial autorizada de entidad rectora del laboralismo global, la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por ello, participamos en forma activa en todas las actividades y eventos académicos que organiza, acreditando delegaciones integradas por nuestros asociados, asumiendo un rol activo y protagónico en ellas.

Dentro de este marco, el presente libro aniversario busca consolidar y reafirmar nuestros valores institucionales, a la vez que efectúa valiosos aportes para el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pasando revista a las instituciones más representativas del laboralismo que han sufrido una profunda transformación en los últimos 25 años de historia de nuestro país.

Así, materias como los derechos fundamentales en el trabajo, el derecho individual y el colectivo del trabajo, pasando por el Derecho Procesal, el Derecho de la Seguridad Social, son abordadas por treinta destacados especialistas, miembros de nuestra Sociedad, en un esfuerzo por reconstruir un periodo de nuestra historia laboral en el que el derecho positivo laboral fue objeto de diversos ajustes, que pusieron a prueba la firmeza de sus principios e instituciones, que han sido consolidados por las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinarias provenientes sobre todo de la justicia constitucional.

Finalmente, y como una forma de compartir nuestras bodas de plata con nuestros asociados y el público interesado en la materia, ponemos a su disposición este libro cuyos ensayos reflejan y reafirman nuestro permanente compromiso institucional con el país, confiando que es la mejor manera de celebrar los primeros 25 años de vida institucional de nuestra Sociedad, mostrándose como una entidad científica plural y convocante, capaz de adecuarse a los cambios sociales que viene experimentando la sociedad, sin perder de vista el objetivo central, que es el valor trascendente del trabajo digno.

Alfonso de los Heros
Coordinador del libro homenaje

Jaime Zavala
Presidente de la SPDTSS

DERECHOS FUNDAMENTALES

EL *JUS COGENS* LABORAL: LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES RECOGIDOS EN NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO[1]

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes logros jurídicos en el pasado siglo XX fue el reconocimiento de que la persona humana con independencia de su nacionalidad, género, raza, color, idioma, religión o convicción, origen étnico o social, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, opinión política o cualquier otra condición es titular de un conjunto de derechos básicos que deben ser respetados, protegidos y cumplidos por los Estados y por la comunidad internacional en su conjunto. Así, los derechos humanos se convirtieron en una referencia esencial en los ordenamientos jurídicos.

Los derechos laborales contribuyeron de manera importante a este logro jurídico. En el plano nacional, la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919) fueron los primeros textos constitucionales que elevaron los derechos laborales a la cúspide del ordenamiento interno. Luego fueron seguidos por la casi totalidad de las constituciones nacionales del siglo XX. Simultáneamente en el tiempo, en el plano internacional, se constituyó

(1) Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú: mcanessa@pucp.edu.pe.

la Organización Internacional del Trabajo (1919) por medio del Tratado de Versalles, que también recogió una serie de principios fundamentales para el mundo del trabajo. Posteriormente, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Miembros de la OIT elaboraron la Declaración de Filadelfia (1944), donde ampliaron las funciones del organismo internacional y especialmente señalaron la importancia del respeto de los derechos laborales básicos en las sociedades contemporáneas.

Por eso no fue una sorpresa que un grupo selecto de derechos laborales fuese incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Se entendió que el mundo del trabajo en el que se desenvuelven los seres humanos tenía que ser protegido por un conjunto de derechos laborales básicos que asegurase el respeto de la dignidad humana. Su inclusión se reafirmó en posteriores instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como los Pactos Internacionales de 1966, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el Protocolo de San Salvador (1988), el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), las Cartas Sociales Europeas (1961 y 1988), la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Este selecto grupo de derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos son la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el derecho al trabajo, la protección contra el desempleo, la protección contra el despido, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo (la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado y las vacaciones periódicas pagadas), el derecho a un remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, el derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa, el derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo, el derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, la libertad sindical, el derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social (la asistencia médica, las prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de maternidad, etc.), la protección especial a

los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a los minusválidos.

Hay que considerar que estos derechos laborales básicos se encuentran recogidos en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, con lo que están sujetos al tipo de obligaciones jurídicas dispuesto por el instrumento internacional.

Ante la disparidad de términos que se usan para identificar a este importante grupo de derechos, he seleccionado el término *derechos humanos laborales* como el más apropiado, en razón de que no se trata de una denominación nueva o reciente en el Derecho Internacional. Su uso es continuo por las organizaciones internacionales y los organismos privados. A su vez, es un término que se usa indistintamente en los idiomas como equivalentes (*"derechos humanos laborales"* en castellano; *labour human rights* en inglés; *droits humains de travail* en francés). De esta manera, se facilita su comprensión y se reducen eventuales confusiones. Asimismo, se debe resaltar que se trata de una expresión recogida por la jurisprudencia internacional para referirse precisamente a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, es un término funcional que permite incluir el listado completo de los derechos laborales básicos, sin rechazar que la técnica jurídica formule categorías, distingos o jerarquías dentro de sus componentes. Así se supera en flexibilidad a otros términos afines. Finalmente, es un término que expresa con claridad la titularidad universal de la persona sobre esos derechos.

Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

El presente Estudio pretende establecer si los derechos humanos laborales se encuentran recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general, dando forma a una categoría jurídica con particulares consecuencias jurídicas: el *jus cogens laboral*.

Esto conduce a abordar tres interrogantes que estructuran la investigación. En primer lugar, ¿qué son las normas imperativas (*jus cogens*) del Derecho Internacional general? En segundo lugar, ¿cuál es el contenido de un eventual *jus cogens laboral*? En tercer lugar, ¿cuáles son los efectos jurídicos del *jus cogens laboral* sobre los ordenamientos nacionales?

En términos metodológicos se han fijado tres criterios delimitadores en la presente investigación. En primer lugar, la investigación se centra en las normas imperativas del Derecho Internacional general y no en las normas imperativas de los ordenamientos nacionales, aunque ambas tengan como raíz común el Derecho Romano y compartan la indisponibilidad de su regulación. Como veremos posteriormente, el *jus cogens* se constituye sobre la aceptación y el reconocimiento de la práctica de la comunidad internacional, mientras las normas imperativas nacionales vienen establecidas por sus propios ordenamientos, mayormente fijadas por las Constituciones nacionales. Esto explica por qué determinados derechos pueden ubicarse dentro de las normas imperativas de los ordenamientos nacionales y, sin embargo, la práctica de la comunidad internacional no los haya considerado dentro del *jus cogens* del Derecho Internacional general. De este modo, no podemos implementar una lectura que traslade mecánicamente el listado de derechos laborales establecidos en normas imperativas de los ordenamientos nacionales hacia el *jus cogens* del Derecho Internacional general, esto lo desnaturalizaría. En segundo lugar, esta diferencia de contenido de las normas imperativas entre ambos ordenamientos –internacional y nacional– no supone un cuestionamiento o socavamiento a su naturaleza imperativa. Si la Constitución o el bloque de constitucionalidad resultan dispares respecto al listado del *jus cogens* internacional, esto no le resta un ápice el carácter obligatorio de estos derechos dentro de los ordenamientos nacionales. En tercer lugar, los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos son el campo de intersección entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo, por lo que un correcto análisis no puede agotarse en las categorías del Derecho Laboral.

I. EL *JUS COGENS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Las normas imperativas o de *jus cogens* en el Derecho Internacional general es uno de los temas más estudiados por la doctrina jurídica, por lo que no pretendo analizarlo en profundidad sino apoyarme en autores que ya lo han hecho, presentándolo de una manera breve y donde se resalten sus aspectos más sustanciales, especialmente en referencia a los derechos humanos.

La definición formal de una norma de *jus cogens* se encuentra en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969): "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional

general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter"(2).

El artículo 53 es el resultado de un largo proceso de discusión, primero, dentro de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) y, posteriormente, en la Conferencia de Estados en Viena, donde se aprobó la redacción de la Convención (1969)(3). La CDI elaboró el artículo dentro de una definición formal con la finalidad de que fuese la propia práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia quienes estableciesen su contenido material (CDI 1963: párrafo 231)(4).

A partir de la lectura del artículo 53 se desprenden, en mi opinión, tres elementos de las normas de *jus cogens*.

En primer lugar, son normas imperativas del Derecho Internacional general. Esto significa que en caso de conflicto tienen preponderancia sobre cualquier norma convencional, declarando la nulidad de esta por su contradicción con la norma de *jus cogens*. La justificación de su imperatividad reside en que son normas que consagran valores fundamentales de la Comunidad Internacional y, por ende, deben recibir especial protección(5). Así, las normas imperativas pueden ser identificadas como uno de los pilares del orden público internacional(6).

(2) A su vez, el artículo 64 de la Convención de Viena formula la definición formal del *jus cogens superveniens*: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

(3) Una excelente investigación histórica sobre el proceso de elaboración de la Convención de Viena (1969) se encuentra en "*El Ius Cogens Internacional (Estudio histórico-crítico)*" de Antonio Gómez Robledo. México D.F., UNAM, 1982.

(4) "Efectivamente, la Comisión de Derecho Internacional cuando preparó el proyecto de artículos que sirvió de base a los trabajos de la Conferencia, decidió no incluir ni siquiera ejemplos de normas de *jus cogens*, dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional" (PASTOR RIDRUEJO 2002: 43). Ver también (LI 2001: 510).

(5) "La razón porque determinadas normas poseen tal cualidad imperativa es por ser vistos en el reconocimiento universal de que esas normas consagran valores, las cuales no pueden estar a disposición de los Estados de manera individual. Esa es ciertamente el caso con las normas de derechos humanos fundamentales. Por tanto, el patrón de la formación de las normas de *jus cogens* es realmente difícil" (la traducción es mía) (SIMMA 1994: 292). Véase también (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 113).

(6) "Puede afirmarse que, consideradas en su conjunto, expresan, se integran o constituyen el desarrollo de la práctica del *núcleo esencial positivo* de los principios constitucionales o fundamentales del orden jurídico internacional" (MARIÑO 2005: 81). Véase también (TOMUSCHAT 1993: 307).

En segundo lugar, son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto. Lo que no debe interpretarse que se requiere la unanimidad de sus Miembros para aceptarla y reconocerla(7). Como afirmó el propio Presidente del Comité de redacción de la Convención de Viena (1969), el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto, no significa necesariamente el reconocimiento por parte de todos y cada uno de los Miembros de la comunidad internacional para otorgar el carácter de *jus cogens* a una norma, lo que se requiere es una amplia mayoría que refleje los "componentes esenciales" de la comunidad internacional. Como consecuencia, un Estado aislado o un número pequeño de Estados no pueden impedir que una norma general del derecho internacional adquiera carácter imperativo (citado por SIMMA 1994: 290-291). Con lo que se rechazaría la eficacia jurídica de cualquier objeción persistente sobre una norma de *jus cogens*, en tanto representaría poner en tela de juicio su carácter imperativo(8).

En tercer lugar, son normas inderogables que solo pueden ser sustituidas por otra norma imperativa. En la traducción al castellano de las Convenciones se utiliza el término "una norma que no admite acuerdo en contrario", que debe interpretarse como la inderogabilidad de la norma(9). La inderogabilidad de una norma de *jus cogens* no tiene un carácter absoluto porque puede ser sustituida o reemplazada solo por otra norma imperativa posterior. Lo sustancial es que la norma de *jus cogens* no puede ser derogada ni modificada por una simple norma convencional o consuetudinaria, o por un acto unilateral de los Estados.

En mi opinión, estas tres características tienen que ser concurrentes para identificar una norma de *jus cogens*, no basta que se manifieste una sola característica para calificarla como tal.

(7) "Así, de acuerdo a la Convención, una norma imperativa necesariamente opera conforme para todos los Estados, y esto sobre la base de que la norma habiendo sido 'aceptada y reconocida' como imperativa por 'la comunidad internacional de los Estados en su conjunto'. Hay un acuerdo general entre los intérpretes que la ausencia de aceptación o hasta la oposición por parte de uno o varios Estados no es obstáculo para que la norma llegue a ser imperativa" (la traducción es mía) (GAJA 1981: 283). Véase también (MARIÑO 2005: 371) y (ORAKHELASHVILI 2012: 29).

(8) "El verdadero concepto de jus cogens hace razonable argumentar que las normas imperativas no admiten ninguna objeción persistente. Si la finalidad de la norma imperativa es permitir que el interés de los Estados prevalezca sobre el interés conflictivo de un singular Estado o un pequeño grupo de Estados, esta finalidad se frustraría si un Estado o un pequeño número de Estados les fuera permitido escapar de la aplicación de la norma imperativa sobre la base de la objeción persistente" (la traducción es mía) (RAGAZZI 1997: 67). Véase también (BYERS 1997: 217).

(9) Tanto el texto en inglés ("*as a norm from which no derogation is permitted*") y en francés ("*en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise*") se refieren expresamente a una norma inderogable.

Existe la polémica si las normas imperativas del Derecho Internacional general se aplican solo para los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención de Viena, o si también se extiende a la generalidad de los Estados. En mi opinión, la norma imperativa o de *jus cogens* es obligatoria para todos los Estados al ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto. Por lo que no debe confundirse la regulación que cumple la Convención de Viena sobre la materia y el reconocimiento de la existencia de las normas imperativas que es obligatoria para todos los Estados(10).

El siguiente paso es tratar de identificar cuáles son las normas de *jus cogens* aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Como se ha señalado, queda en manos de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia establecer cuáles son las normas de *jus cogens*. Si seguimos los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), que goza de la legitimación internacional en identificar las normas imperativas del Derecho Internacional general, tanto antes como después de la elaboración de la Convención de Viena (1969), podemos concretizar un listado de normas de *jus cogens*.

El periodo previo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Corte Internacional de Justicia se concentró en formular la existencia de principios del Derecho Internacional asentados en la humanidad que resultan obligatorios para los Estados, pero sin precisar ejemplos claros sobre cuál es el contenido de esos principios. El primer pronunciamiento relevante proviene de la sentencia del caso "Canal de Corfú" (9 de abril de 1949), en donde la Corte señala que existen obligaciones internacionales que están basadas en "determinado principio general y bien reconocido, a saber: consideraciones elementales de humanidad, hasta más exigibles en tiempos de paz que en la guerra" (CIJ 1949: 22)(11). Luego, en la opinión consultiva sobre las "Reservas a la Convención para la prevención y sanción contra del delito de genocidio" (28 de mayo de 1951), la Corte resalta que existen princi-

(10) "Una norma de *jus cogens* cual ha sido reconocida y aceptada por la comunidad internacional en su conjunto conforme con el artículo 53 de la Convención de Viena y desde el cual ninguna derogación es permitida sería una norma del Derecho Internacional universal. Ningún Estado, incluyendo los que no son parte de la Convención, puede rechazar su fuerza obligatoria sobre ellos por medio de cualquier declaración u objeción. Esto es el resultado natural del inherente carácter en una norma de *jus cogens*. Por tanto, esta forma sería una excepción para la norma de que un tratado no puede imponer una obligación a un tercer Estado. Más específicamente, porque de su importancia, una norma de *jus cogens* requiere que cada Estado se compromete con la comunidad internacional en su conjunto sobre la obligación absoluta de cumplirla, y no solo se compromete con la obligación relativa de cumplirla entre los Estados partes. Por tanto, esto sería obligatorio para todas las naciones" (la traducción es mía) (LI 2001: 514).

(11) Para Gómez Robledo, el término utilizado por la sentencia tiene que ser visto como un sinónimo de *ius cogens* (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 195).

pios fundamentales de la Convención que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados (CIJ 1951: 23).

Después de la redacción de la Convención, la CIJ inicia una mayor concretización sobre las normas de *jus cogens*. En el caso "Barcelona Traction" (5 de febrero de 1970), que se convierte en la sentencia paradigmática sobre el tema. La Corte resalta que: *"debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones* erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial"* (CIJ 1970: 33-34). La sentencia es coincidente con lo expresado en el artículo 53 de la Convención de Viena (1969) respecto a que existen "obligaciones" hacia la comunidad internacional en su conjunto, aunque en el tratado se alude a "normas imperativas" que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto. Un importante sector de la doctrina lo ha interpretado como una alusión indirecta a las normas de *jus cogens*[(12)].

Con su Opinión Consultiva sobre las "Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia" (21 de junio de 1971), la CIJ resaltó que el régimen de *apartheid* dentro de Namibia supone no respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza (CIJ 1971: párrafos 129-131). En la sentencia sobre el caso del "Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán" (24 de mayo de 1980), la CIJ señala dos puntos importantes sobre esta materia. Por un lado, el reconocimiento del carácter fundamental del principio de inviolabilidad, estableciendo que hasta en el caso de un conflicto armado o en el caso de una violación de las relaciones diplomáticas, esas normas requieren que tanto la inviolabilidad de los miembros de la misión diplomática como de los locales,

(12) "La sentencia de fondo del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, dictada el día 5 de febrero de 1970, contiene un *dictum* en el que se habla 'de las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto' para caracterizar determinado tipo de obligaciones que denomina *erga omnes*, y que como ha dicho el maestro Miaja de la Muela, son en realidad las derivadas de normas de *ius cogens*" (PASTOR RIDRUEJO 1979: 581). Véase también (BYERS 1997: 230).

propiedades y archivos de la misión deban ser respetados por el Estado receptor (CIJ 1980: párrafo 86). Por otro lado, que la privación abusiva de la libertad a los seres humanos y someterlos a condiciones penosas son en sí mismas manifiestamente incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (CIJ 1980: párrafo 91).

Posteriormente, con la sentencia sobre el caso "Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua" (27 de junio de 1986), la CIJ resalta que en los diversos trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se reconoce como una norma de *jus cogens* la prohibición del uso o amenaza de la fuerza (CIJ 1986: párrafo 190)[13]. Igualmente, la sentencia sobre el caso "Timor Oriental" (30 de junio de 1995) resulta muy ilustrativo porque la CIJ subraya que el derecho de autodeterminación de los pueblos es una norma imperativa: "En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal que el derecho de autodeterminación de los pueblos, como está desarrollado desde la Carta y desde la práctica de Naciones Unidas, tienen un carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte; este es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo" (CIJ 1995: párrafo 29)[14].

En la Opinión Consultiva sobre la "Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares" (8 de julio de 1996), la Corte recuerda su pronunciamiento sobre el caso "Canal de Corfú", resaltando que las normas del derecho internacional humanitario son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y las consideraciones elementales de la humanidad. Agregando que "estas normas fundamentales son para ser respetadas por todos los Estados hayan o no ratificado las convenciones que los contienen, porque ellos

(13) Esto es reiterado por la CIJ en su Opinión Consultiva sobre "Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo" (22 de julio de 2010), donde resalta que el uso ilegal de la fuerza es una grave violación del Derecho Internacional, en particular de las normas de carácter imperativo (jus cogens) (CIJ 2010: párrafo 81). De este modo, la CIJ precisa que la prohibición del uso de la fuerza establecido en el artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas goza de un carácter imperativo dentro del Derecho Internacional general.

(14) En la Opinión Consultiva sobre "Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado" (30 de setiembre de 2004), la CIJ reitera el carácter *erga omnes* del derecho de autodeterminación de los pueblos: "La Corte hizo claro que el derecho de autodeterminación de los pueblos es un derecho *erga omnes*" (CIJ 2004: párrafo 88) y que Israel ha violado determinadas obligaciones *erga omnes*: "Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo Palestino a la autodeterminación y determinadas obligaciones bajo el Derecho Internacional Humanitario" (CIJ 2004: párrafo 155).

constituyen principios intrasgredibles del derecho internacional consuetudinario" (CIJ 1996: párrafo 79)[15].

Asimismo, en la sentencia sobre el caso "Actividades militares en el territorio del Congo" (3 de febrero de 2006), la Corte vuelve a reafirmar que: "los principios subyacentes de la Convención [del Genocidio] son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, aún sin obligación convencional" y que una consecuencia de esa concepción es "el carácter universal tanto de la condena del genocidio y la cooperación requerida 'para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso' (Preámbulo de la Convención)". De esto se sigue que "los derechos y obligaciones amparados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*" (CIJ 2006: párrafo 64). Este criterio se confirma nuevamente en la sentencia sobre el caso "Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio" (26 de febrero de 2007), cuando la CIJ señala que la prohibición del genocidio se encuentra en una norma imperativa del Derecho Internacional (*jus cogens*) (CIJ 2007: párrafo 161).

Finalmente, merecen mencionarse las recientes sentencias de la Corte Internacional de Justicia donde vuelve a pronunciarse sobre las normas imperativas del Derecho Internacional general. En el caso "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados" (3 de febrero de 2012), la sentencia subraya que: "el asesinato de civiles en territorios ocupados, la deportación de los habitantes civiles como mano de obra esclava y la deportación de los prisioneros de guerra para el trabajo esclavo son normas de *jus cogens*" (CIJ 2012a: párrafo 93). En el caso "Cuestiones relacionadas a las obligaciones para perseguir o extraditar" (20 de julio de 2012), la sentencia enfatiza que: "la prohibición de la tortura es parte de la costumbre internacional y se ha convertido en una norma imperativa (*jus cogens*)" (CIJ 2012b: párrafo 99).

A estos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia quiero agregar también los señalados por los tribunales y los órganos de control de derechos humanos, así como los desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional, quien por su propia labor tiene la responsabilidad de analizar en profundidad esta materia.

En el caso de los tribunales regionales de derechos humanos, destaca la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la "Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados", en

(15) Posteriormente, la Corte reitera el carácter *erga omnes* de estos postulados: "En opinión de la Corte, estas normas incorporan obligaciones las cuales son esencialmente de un carácter de *erga omnes*" (CIJ 2004: párrafo 157).

donde: "Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*" (Corte IDH 2003: párrafo 101).

Respecto a los tribunales penales espaciales, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) afirma que: "La expresa prohibición de la esclavitud en el Protocolo Adicional II de 1977, el cual comprende a los conflictos armados internos, confirma la conclusión que la esclavitud está prohibida por el derecho consuetudinario humanitario internacional más allá del contexto de un crimen contra la humanidad. La Sala considera que la prohibición de la esclavitud en situaciones de conflicto armado es inalienable, inderogable y un derecho fundamental, uno de las normas del núcleo de la costumbre general y del derecho internacional convencional" (TPIY 2002a: párrafo 353). De igual forma, el Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona (en adelante, TEISL) sostiene que: "La prohibición de la esclavitud es una norma consuetudinaria del derecho internacional y el establecimiento de esclavizar como un crimen contra la humanidad está firmemente consolidado. Así, la esclavitud con la finalidad del abuso sexual es una prohibición *jus cogens* de la misma manera como la esclavitud con la finalidad del trabajo físico" (TEISL 2007: párrafo 705).

El Comité de Derechos Humanos al abordar el tema de las reservas al PIDCP, señaló que "las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a

contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías" (Comité DDHH 1994: párrafo 8).

En el caso de la Comisión de Derecho Internacional, hay una serie de comentarios sobre las normas imperativas en sus diversos documentos de trabajo. He seleccionado dos temas abordados por la Comisión donde se concentran esos comentarios: la propia elaboración del proyecto de la Convención de Viena (1969) y el proyecto de la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" (2001)[16].

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención de Viena (1969), los diferentes Relatores responsables del tema dentro de la CDI fueron elaborando distintas propuestas que terminaron materializándose en el proyecto presentado a la Conferencia de Estados. Merece atención el proyecto del Relator Waldock, en la que se propone expresamente como causal de nulidad por violación de una norma imperativa: el uso o amenaza de la fuerza en contravención de la Carta de las Naciones Unidas; cualquier acto u omisión calificado por el derecho internacional de delito internacional; o cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el derecho internacional (citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 40). Dicha propuesta fue suprimida dentro de las discusiones al interior de la CDI por considerar que era preferible no establecer un listado de casos de *jus cogens*.

Respecto al proyecto de la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos"[17], se debe destacar especialmente los artículos 26 (Cumplimiento de normas imperativas)[18] y 40 (Aplicación del presente capítulo a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general)[19], en donde la CDI considera que la viola-

(16) También hay material muy valioso en los documentos de la CDI sobre el proyecto de las "Reservas a los tratados". Véase (CDI 2002: párrafos 59-100).

(17) El proyecto fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones 2702º a 2709º celebradas del 6 a 9 de agosto de 2001, remitiéndolo a la Asamblea General de Naciones Unidas, que lo aprobó bajo la Resolución 56/82 (12 de diciembre de 2001), en la que toma nota de los artículos presentados por la CDI.

(18) El artículo 26 establece: "Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general".

(19) El artículo 40 establece: "1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general. 2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable".

ción grave de las normas imperativas generan una responsabilidad de los Estados[20]. En sus Comentarios al artículo 26 del proyecto, la CDI señala que "los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como de derecho internacional general, vinculante como tal, sino que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados. Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación" (CDI 2001: 216-217).

Igualmente, la CDI reitera que es inconveniente establecer ejemplos sobre las normas imperativas dentro del propio articulado del proyecto[21]. Por eso los ejemplos son plantearlos dentro de los comentarios a los artículos. Así, sobre el artículo 40 señala: "Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa. Esto lo corroboran, por ejemplo, el comentario de la Comisión a lo que luego fue el artículo 53, las declaraciones no contradichas de los Gobiernos durante la Conferencia de Viena, las exposiciones de ambas partes en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y la posición de la propia Corte en ese asunto. También parece haber un amplio acuerdo respecto de otros ejemplos citados en el comentario de la Comisión al artículo 53: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio y la discriminación racial y el *apartheid*. Esas prácticas han sido prohibidas en tratados y convenciones internacionales que han gozado de amplia ratificación y que no admi-

(20) "Como parte de ese entendimiento, las referencias anteriores a violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales, que en su mayoría se referían a la cuestión de la invocación tal como fue expresada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction, se sustituirían por* la categoría de las normas imperativas. Era preferible utilizar esta categoría, ya que se refería al alcance de las obligaciones secundarias y no a su invocación. Otra ventaja del método era que el concepto de normas imperativas estaba ya bien establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" (CDI 2001: párrafo 49).

(21) "No es apropiado dar ejemplos de las normas imperativas a que se hace referencia en el texto del propio artículo 40, como tampoco se hizo en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena. Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanan de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales" (CDI 2001: 305).

ten excepciones. En la Conferencia de Viena hubo acuerdo general entre los Gobiernos en cuanto al carácter imperativo de esas prohibiciones. En lo que se refiere al carácter imperativo de la prohibición del genocidio, está apoyado por diversas decisiones de tribunales nacionales e internacionales. Aunque no se menciona específicamente en el comentario de la Comisión al artículo 53 de la Convención de Viena, también parece ser aceptado generalmente el carácter imperativo de ciertas otras normas. Esto se aplica a la prohibición de la tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 16 de diciembre de 1984. El carácter imperativo de esta prohibición ha sido confirmado por las decisiones de órganos internacionales y nacionales. Teniendo presente que la Corte Internacional ha definido como 'inconculcables' las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, parecería estar justificado que se considerasen también imperativas. Por último, merece ser mencionada la obligación de respetar el derecho a la libre determinación. Como lo señaló la Corte Internacional en el asunto relativo a *Timor Oriental*, 'el principio de libre determinación (...) es uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo', que da lugar a la obligación de la comunidad internacional en su conjunto de permitir y respetar su ejercicio" (CDI 2001: 305-307).

Con todos estos pronunciamientos podemos establecer un listado de normas de *jus cogens*, que en algunos casos consagran principios del Derecho Internacional y, en otros, recogen derechos humanos y derechos humanitarios: la prohibición del genocidio, el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales, la prohibición de los actos de agresión, uso o amenaza de la fuerza, la prohibición de la esclavitud, el principio de igualdad de las personas ante la ley, la prohibición de la discriminación, la privación abusiva de la libertad, la prohibición de la tortura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los principios del Derecho Internacional Humanitario[22]. No se trata de una lista cerrada porque la propia práctica de la comunidad internacional puede introducir nuevas materias dentro de ella.

Merece destacarse que solo un grupo de derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales se ubican en las normas de *jus cogens*. Por tanto, no se puede afirmar –en la actual etapa del Derecho Internacional– que

(22) También la doctrina se ha pronunciando sobre ejemplos de normas de jus cogens que en general coinciden con las mencionadas. Véase a manera de ejemplos: (ALEXIDZE 1981: 262-263); (CASSESE 1993: 77, 241); (GÓMEZ ROBLEDO 1982: 102, 155, 185); (MARIÑO 2005: 83-87); (MERON 2003: 418); (RAGAZZI 1997: 49-50); (VILLÁN DURÁN 2002: 100,111).

todos los derechos humanos son recogidos en normas de *jus cogens*[23]. Por supuesto, esto no impide que conforme evolucione el Derecho Internacional se reconozca a la totalidad del listado de los derechos humanos dentro de esta categoría de la dogmática jurídica.

En resumen, las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general son las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales que están en contradicción con ellas. Quedando su identificación a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia internacional.

II. EL *JUS COGENS* LABORAL

En el listado de normas imperativas destacan claramente para el ámbito laboral dos derechos humanos: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial. Entendiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional. No obstante esto, se trataría de una interpretación restrictiva ante la propia evolución de la práctica internacional, en especial en los últimos años.

a) La prohibición de la esclavitud y de la servidumbre

Como se ha señalado, la prohibición de la esclavitud es identificada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* como una de las obligaciones *erga omnes*. Por lo que es indiscutible que se trata de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional[24]. El punto que merece analizarse es si la prohibición de la esclavitud se extiende también a la prohibición de la servidumbre, tomando en cuenta que ambas prohibiciones suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales[25].

(23) "Dudaríamos ciertamente en pretender la naturaleza imperativa del cuerpo entero de los derechos humanos y humanitarios de hoy íntegramente" (la traducción es mía) (SIMMA y ALSTON 1992: 103). Ver también (VILLÁN DURÁN 227-228). Aunque para el Instituto de Derecho Internacional en su resolución del Congreso de Santiago de Compostela en 1989, se sostiene que los derechos humanos en general gozan de ser obligaciones *erga omnes* (citado por RAGAZZI 1997: 141-142).

(24) Se ha interpretado que la sentencia *Barcelona Traction* de la CIJ al señalar la prohibición de la esclavitud se extiende también a la prohibición del comercio de esclavos (RAGAZZI 1997: 106). Criterio que fue asumido por el Relator Especial de la CDI en su Quinto Reporte.

(25) El artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 8 párrafos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; el artículo 6.1 de la

En primer lugar, ambos conceptos de esclavitud y de servidumbre pueden ubicarse dentro de las más graves violaciones de la libertad de trabajo. Para la OIT la esclavitud y la servidumbre son dos modalidades del trabajo forzoso u obligatorio[26]. Sin embargo, existen diferencias entre ambas figuras jurídicas por la distinta formulación legal de las prohibiciones. Por un lado, la esclavitud y la servidumbre se refieren a los sujetos que sufren esa condición, mientras que las prohibiciones del trabajo forzoso se refieren al tipo de relación existente entre el trabajador y su empleador[27].

En segundo lugar, el concepto de esclavitud lo encontramos en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud (1926) cuando señala: "La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". Esto se complementa con el Estatuto de Roma (1998): "Por 'esclavitud' se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluidos el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños" (artículo 7, 2, c). En el caso del concepto servidumbre lo podemos ubicar en la Convención suplementaria sobre la esclavitud (1956) bajo el artículo 1: "a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios; b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios,

Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Al lado de estos instrumentos internacionales mencionados, específicamente se han elaborado tratados universales sobre la materia. La Convención sobre la Esclavitud (25 de setiembre de 1926), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (2 de diciembre de 1949), el Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud (23 de octubre de 1953) y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (7 de setiembre de 1956). Mención aparte es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998) que dentro de sus artículos ubica a la esclavitud y otros actos inhumanos de carácter similar como crímenes de lesa humanidad (artículo 7, 1, c y k).

(26) Tanto en los Informes Globales de 2001, 2005 y 2009 sobre el trabajo forzoso, se consideran a la esclavitud y la servidumbre por deudas como formas tradicionales del trabajo forzoso (OIT 2001: párrafo 1; OIT 2005: párrafos 26 y 27; OIT 2009: párrafo 19 y 39).

(27) "Naturalmente, algunas manifestaciones de la esclavitud (por ejemplo, la servidumbre) a menudo se yuxtaponen con el trabajo forzoso, pero ellos deberían ser tomados separadamente debido a las diferencias esenciales en sus formulaciones legales de sus prohibiciones" (la traducción es mía) (DRZEWICKI 2001: 229). Ver también (OIT 2005: párrafo 16).

sin libertad para cambiar su condición". Al comparar ambos conceptos existe una raíz común que es la ausencia de libertad en la persona que ejercita el trabajo. En ambos conceptos la persona se convierte en un objeto que está a disposición de un tercero, ya sea como el ejercicio de atributos del derecho de propiedad o como el estado en que se ejerce autoridad sobre él.

En mi opinión, podría interpretarse que la mención de la prohibición de la esclavitud señalada por la Corte Internacional de Justicia incluye también a la prohibición de la servidumbre, en razón de que los instrumentos internacionales los equiparan conjuntamente dentro de sus textos y porque comparten una raíz común en sus definiciones. Refuerza este argumento el tratamiento jurídico simultáneo que le dispensan los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4 párrafo 2, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 15, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27 párrafo 2, al regular la eventual suspensión de la aplicación de los derechos humanos ante una situación de emergencia nacional, expresamente señalan que la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre se encuentran excluidas de este supuesto.

En resumen, postularía que tanto la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre se encuentran recogidas en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

b) La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio

Un tema colindante es la relación entre la prohibición de la esclavitud y la prohibición del trabajo forzoso, especialmente si ambas son figuras jurídicas equiparables o si son sustancialmente diferentes. Esto es más relevante desde que la Comisión de Derecho Internacional se pronunció en sus comentarios a su proyecto de Código de Crímenes en contra de la paz y de la humanidad (1996). Conforme a su artículo 18: *Enslavement*[(28)] es un crimen de lesa humanidad[(29)] y "*Enslavement* significa el establecer o mantener sobre

(28) *Enslavement* ha sido traducido oficialmente al castellano como "esclavitud", aunque en sentido estricto no existe una traducción para dicha palabra en nuestro idioma. Más aún cuando existe el término en inglés *slavery* al que le correspondería dicha traducción. Sin embargo, el Derecho Penal Internacional interpreta que ambos términos son similares, conforme lo ha expresado en sus sentencias el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY 2001: párrafo 523) y (TPIY 2002a: 356) y el Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona (TEISL 2007: párrafo 743).

(29) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo recogió en su artículo 7,1,c). De igual modo, fue recogido en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: el artículo 5,c del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; el artículo 3,c del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y, el artículo 2,c del Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona.

personas una condición de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso contrario a las bien establecidas y ampliamente reconocidas normas del derecho internacional" (CDI 1996: 105). Siguiendo a la CDI podríamos entender que *enslavement* agrupa a las tres figuras jurídicas, aunque siendo distintas cada una de ellas. Con posterioridad al comentario de la Comisión, el TPIY, apoyándose en el referido comentario, considera: "[que las] formas contemporáneas de esclavitud forman parte de *enslavement* como un crimen en contra de la humanidad bajo el derecho consuetudinario internacional" (la cursiva es mía) (TPIY 2002b: párrafo 117). De este modo, la jurisprudencia internacional considera que el trabajo forzoso está subsumido dentro de la prohibición de la esclavitud (*enslavement*) como un crimen contra la humanidad y forma parte dentro del listado de prohibiciones recogidas en normas imperativas del Derecho Internacional general.

Lo que se ha producido en realidad es que durante los últimos años hay un proceso de ampliación simultánea del contenido jurídico de la prohibición de la esclavitud (*enslavement*) y de la prohibición del trabajo forzoso, provocando una yuxtaposición entre ambas prohibiciones, aunque sin coincidir plenamente su contenido jurídico. En el caso de la prohibición de la esclavitud, la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud señala como sus modalidades: a) la servidumbre por deudas; b) la servidumbre; c) el trabajo forzoso; d) la esclavitud infantil; e) la esclavitud sexual; f) el matrimonio forzado; y g) la venta de esposas. En el caso de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, el Estudio General "Erradicar el trabajo forzoso" (2007) de la Comisión de Expertos de la OIT señala como sus modalidades: a) la esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y otras formas ilícitas de trabajo obligatorio(30); b) la trata de personas con fines de explotación(31); c) el trabajo forzado u obligatorio impuesto por el Estado con fines de producción o servicios; d) la privatización de las cárceles y trabajo penitenciario; e) la pena de prestación de trabajo de utilidad pública; f) el trabajo obligatorio como condición para preservar prestaciones de desempleo; y, g) la obligación a realizar horas extraordinarias bajo amenaza de una pena. Esto podría explicar por qué la jurisprudencia penal internacional alude de manera indistinta en sus pronunciamientos tanto a la prohibición de la esclavitud como a la prohibición del trabajo forzoso(32).

(30) La Comisión de Expertos ubica dentro de esta modalidad a las servidumbres por deudas (OIT 2007: párrafo 71). Véase también (OIT 2009: párrafo 40).

(31) La Comisión de Expertos ubica dentro de esta modalidad a la explotación sexual y la prostitución forzosa (OIT 2007: párrafo 78).

(32) El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en el caso "Kunarac, Kovac y Vukovic" señala precisamente refiriéndose a la esclavitud (*enslavement*) que: "Esta definición puede ser

Si bien no existe un pronunciamiento judicial estableciendo que la prohibición general del trabajo forzoso u obligatorio se encuentra recogida en una norma imperativa o de *jus cogens*, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales resalta que la violación de la prohibición del trabajo forzoso configura un crimen contra la humanidad(33). En sentido estricto, la jurisprudencia internacional apunta que algunas determinadas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso se encuentran recogidas por normas imperativas. Así, las ya mencionadas sentencias de la Corte Internacional de Justicia en materia de prohibición de la esclavitud. Asimismo, la sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIY señala que en el momento pertinente a los presuntos delitos, las formas contemporáneas de la esclavitud (*enslavement*) formaban parte de la esclavitud como crimen de lesa humanidad bajo la costumbre internacional (TPIY 2002b: párrafo 117). En el caso "Krnojelac", el TPIY afirma: "la esclavitud constituye una violación del derecho internacional humanitario. La esclavitud es expresamente prohibida por el Protocolo adicional II, artículo 4 ('garantías fundamentales'), (…). Además, los delitos de esclavitud o servidumbre se identifican como un crimen contra la humanidad en virtud de la Carta de Núremberg y el Estatuto de Tokio (la traducción es mía)" (TPIY 2002a: párrafo 352). Así, como la mencionada sentencia del caso "Brima, Kanara y Kanu" ante el Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona, donde expresamente el Tribunal afirma que la prohibición de la esclavitud sexual se encuentra recogida en una norma de *jus cogens* (TEISL 2007: párrafo 705).

En resumen, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, conforme al listado de la Comisión de Expertos de la OIT, se encuentran recogidas en normas de *jus cogens*, tales como la esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud y otras formas ilícitas de trabajo obligatorio; y, la trata de personas con fines de explotación. En otras palabras, la intersección entre la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre con la prohibición del trabajo forzoso sería el contenido protegido por las normas de *jus cogens*.

---

más amplia que la tradicional y, a veces definiciones aparentemente distintas de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre, o trabajo obligatorio o forzados se encontrasen en otras áreas del derecho internacional. Esto se evidencia en particular por los distintos casos de la Segunda Guerra Mundial (…), que han incluido el trabajo forzoso u obligatorio en virtud de la esclavitud como crimen contra la humanidad. En las labores de la Conferencia Internacional del Trabajo, se discutió esto anteriormente, apoyando esta conclusión (la traducción es mía)" (TPIY 2001: párrafo 541). Véase también (TPIY 2002b: párrafo 117).

(33) Véase las sentencias (TPIY 2001: párrafos 539-543), (TPIY 2002a: párrafos 349-360), (TPIY 2002b: párrafos 116-124), (TPIY 2003: párrafos 191-203), (TEISL 2007: párrafos 739-749) y (TEISL 2008: párrafos 170-174).

c) La prohibición de las peores formas de trabajo infantil

En una situación similar al caso de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se encuentra la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, conforme a la jurisprudencia internacional.

El artículo 3 del Convenio Nº 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil establece como sus modalidades: "(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños".

El Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que son crímenes de guerra: la esclavitud sexual (artículo 8, 2, b, xxii)[34] y reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades (artículo 8, 2, b, xxvi). Estos dos crímenes internacionales coinciden con modalidades prohibidas de las peores formas de trabajo infantil[35].

Para el caso de la esclavitud sexual se ha mencionado anteriormente que la jurisprudencia internacional fue precisa en considerar que su prohibición se encuentra recogida por una norma imperativa del Derecho Internacional general. Para el caso del reclutamiento infantil, el Tribunal para Sierra Leona señaló que, con anterioridad a noviembre de 1996, el delito cristalizó en la costumbre internacional, independientemente de si se comete en un conflicto armado interno o en un conflicto armado internacional (TEISL 2004: párrafo 17)[36]. Su configuración como un crimen internacional lo ubica dentro del orden público internacional.

(34) También es considerada la esclavitud sexual como un crimen contra la humanidad por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 7, 1, g) y, como también se ha resaltado en la jurisprudencia internacional analizada en el presente Estudio.

(35) También se encuentran recogidas en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 4, e) y en el Tribunal Especial Independiente de Sierra Leona (artículos 2, g, y 4, c, respectivamente).

(36) Véase también (TEISL 2007: párrafo 728).

De este modo, estas dos modalidades de las peores formas de trabajo infantil están recogidas en normas imperativas o de *jus cogens*, recibiendo sus perpetradores la condena de los tribunales penales internacionales. La tendencia de la jurisprudencia internacional sería incluir las restantes modalidades prohibidas de las peores formas de trabajo infantil señaladas por el Convenio Nº 182 de la OIT.

d) La prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación

Respecto a la prohibición de la discriminación, igualmente la Corte Internacional de Justicia lo señala como una de las obligaciones *erga omnes*, pero refiriéndose específicamente a la prohibición de la discriminación racial. Lo que fundamenta la prohibición de la discriminación es asegurar que las personas no sufran ningún tipo de humillación en su dignidad humana motivadas por diferencias o distingos peyorativos. Sin duda, la discriminación racial ha sido la modalidad que más se ha presentado en la civilización hasta extremos como el *apartheid*. Por eso, no es extraño que la CIJ se haya pronunciado precisamente sobre ella. Pero no debemos interpretar que las demás modalidades discriminatorias son excluidas del ámbito de las normas imperativas.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respalda esta interpretación, al establecer el tribunal regional que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades es recogida por las normas de *jus cogens* del Derecho Internacional general. Así, señala que "no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición" (Corte IDH 2003: párrafo 101).

Apoyándome en el pronunciamiento de la CIJ y de la Corte Interamericana se puede afirmar que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional general.

En conclusión, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso y de la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, así como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral, constituyen en la etapa actual del Derecho Internacional general los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas o de *jus cogens*.

III. LA EFICACIA JURÍDICA DEL *JUS COGENS* LABORAL EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La conformación de un *jus cogens* laboral significaría que cualquier tratado internacional que esté en oposición a estos derechos humanos laborales sería nulo, conforme al artículo 53 de la Convención de Viena. Aunque resulta difícil pensar que los Estados celebren un tratado que establezca la esclavitud o la servidumbre en sus territorios(37), con lo que en apariencia carecería de un efecto real sobre la normativa internacional.

Sin embargo, en la doctrina jurídica se discute si las normas imperativas también pueden declarar la nulidad sobre los actos unilaterales de los Estados que estén en oposición a ellas(38). Esto resulta importante, porque es concebible una legislación interna o una sentencia judicial que estén en conflicto con una norma imperativa del Derecho Internacional general en vez de un tratado internacional.

En principio, un Estado está sometido a las normas de *jus cogens*, incluyendo las que recogen derechos humanos, por lo que está obligado a respetarlas tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional. Esta obligación de respetar las normas imperativas del Derecho internacional en el ordenamiento nacional supone que los actos unilaterales del Estado también se encuentran sometidos a ellas.

Los internacionalistas que postulan la imperatividad de las normas de *jus cogens* sobre los actos unilaterales de los Estados lo justifican en diversos argumentos. En primer lugar, se señala que la violación de una obligación internacional impuesta por una norma imperativa puede darse por medio de un tratado o un acto unilateral y no se podría justificar que la violación desaparece

(37) "De hecho, los Estados no concluyen acuerdos para cometer torturas o genocidios o esclavizar pueblos. Algunos ejemplos comunes de *jus cogens* citados en la literatura legal son en realidad *hypothéses de école*. Por otra parte, los Estados no están inclinados a contestar la absoluta ilegalidad de los actos prohibidos por el principio de *jus cogens*. Cuando dichos actos ocurren, los Estados lo niegan de hecho o justifican las violaciones de una manera sutil o con argumentos ingeniosos. Así, mientras el principio de *jus cogens* tiene un valor moral y potencial, su importancia práctica inmediata para la validez de los acuerdos es limitada. Sin embargo, cuando viene a balancear un derecho humano que ha asumido el status de *jus cogens* contra otro derecho humano que no ha ganado tan elevado status, el concepto puede ser relevante" (la traducción es mía) (MERON 1986: 190-191). Ver también (PASTOR RIDRUEJO 1979: 582); (GAJA 1981: 279).

(38) "Los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 50 (artículo 53), establecieron que la no derogación de una norma de *jus cogens* está permitido 'incluso' por acuerdos entre Estados, así sugiriendo que alcanza más allá del derecho de los tratados fue contemplado. La aplicación de la doctrina del *jus cogens* para actos unilaterales es ampliamente, pero no unánimemente aceptado" (la traducción es mía) (MERON 2003: 421).

por la validez del acto unilateral del Estado[39]. En segundo lugar, los Estados no serían inmunes por su jurisdicción nacional para contravenir una norma imperativa a través de un acto unilateral[40]. Aunque existe una práctica contradictoria sobre la materia[41]. En tercer lugar, las normas imperativas al imponer obligaciones *erga omnes* los hace prevalecer sobre la normativa nacional y su incumplimiento supondría una responsabilidad internacional del Estado infractor[42]. En cuarto lugar, las normas imperativas constituyen el orden público internacional y no cabe que sus efectos se vean restringidos por actos unilaterales de los Estados[43].

(39) "La necesidad por trasladar la causa de una posible violación de una obligación impuesta por una norma imperativa parece ser aplicable de la misma forma para los tratados y los actos unilaterales (…). Observando más allá de la Convención de Viena, parece razonable que si un acuerdo o un acto unilateral es nulo porque este intenta justificar la violación de una obligación impuesta por una norma imperativa, la misma violación no puede ser justificada" (la traducción es mía) (GAJA 1981: 295).

(40) "Además, las normas imperativas pueden chocar con *la inmunidad estatal de la jurisdicción de los Estados extranjeros*, en que ellas pueden eliminar tal inmunidad. El juez Wald, un miembro de la Corte Federal de Apelaciones norteamericana, argumentó convincentemente en su Opinión Disidente en *Princz vs. la República Federal de Alemania* que 'un Estado nunca es titular para una inmunidad de cualquier acto que contravenga a una norma de *jus cogens*, sin importar dónde o en contra de quien que actos fueron perpetrados'. También como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló en *Furundzija*, las normas imperativas pueden producir efectos legales 'en el nivel del derecho local': ellas deslegitiman cualquier acto legislativo o administrativo autorizando la conducta prohibida. Consecuentemente, medidas nacionales (incluyendo leyes nacionales otorgando amnistía a los autores de conductas prohibidas) *no pueden ser acordes con el reconocimiento legal internacional* o cualquier razón son *no oponibles* para los otros Estados (…). Es interesante resaltar que los tribunales españolas también han tomado recientemente esta posición conforme a las *normas de amnistía*, la cual ellos han señalado inaplicables por estar en contra del *ius cogens* (Casos Scilingo y Pinochet)" (la traducción es mía) (CASSESE 2005: 208).

(41) Véase la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el *Caso Al Adsani vs. Reino Unido*.

(42) "Una norma de *ius cogens* internacional general también exige, en abstracto, ser hecha prevalecer sobre cualquier norma de Derecho interno contraria a ella, incluso si pertenece a la Constitución estatal. Si no fuera hecha prevalecer por un Estado en un determinado conflicto entre normas, aquel incurriría en la correspondiente responsabilidad internacional que sería invocable por los procedimientos regidos por el propio Derecho internacional. Así, puesto que todos y cada una de esas normas imperativas imponen obligaciones *erga omnes*, es decir obligaciones frente a la Comunidad internacional cuyo cumplimiento puede ser exigido por todos los sujetos de su ordenamiento y en particular por todos los Estados, también todos estos pueden invocar tal responsabilidad internacional y, en el supuesto de haber sido 'lesionados', exigir una reparación plena" (MARIÑO 2005b: 827). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 70).

(43) "Del ámbito de la ley internacional está no solamente excluida la conclusión de tratados contrarios a estos principios, sino que todo otro acto o acción cuyo objeto o fin no guarde conformidad con estos principios debe igualmente considerarse como desprovisto de todo efecto (…) Si existe un *ius cogens* internacional, debe, en efecto, tener necesariamente por efecto el de producir la nulidad de todo acto jurídico y de toda acción de los Estados por causa ilícita. Si un acuerdo no conforme a las normas de *ius cogens* se tiene por nulo, es porque sus efectos son contrarios al orden público internacional. ¿Cómo podría entonces concebirse que este efecto no se extienda a todo acto o a toda acción jerárquicamente inferior a los tratados?" (SUY, citado por GÓMEZ ROBLEDO 1982: 211-212). Ver también (CANÇADO 2003: párrafo 68).

La jurisprudencia internacional también ha considerado que las normas imperativas se aplican sobre los actos unilaterales de los Estados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene: "En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional" (Corte IDH 2003b: párrafo 99).

El TPIY en el caso *Furundzija* analizando la naturaleza de *jus cogens* en la prohibición de la tortura postula que tiene efectos interestatales: "En el nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, por un lado, que debido al valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, las normas consuetudinarias o convencionales que permitan la tortura serían nulas y sin efectos jurídicos ab initio y, posteriormente, hacer caso omiso de un Estado que, por decir, adoptase medidas nacionales autorizando o condenando la tortura o absolviera a sus autores a través de una ley de amnistía. Si tal situación llegase a ocurrir, las medidas nacionales, en violación del principio general y de toda disposición convencional relevante, produciría los efectos jurídicos mencionados anteriormente y, además, no se le concedería reconocimiento jurídico internacional. Se podrían iniciar procedimientos judiciales por las víctimas potenciales si ellas tuvieran *locus standi* ante un órgano judicial o internacional competente para pedirle que declare que la medida nacional es ilegal internacionalmente; o la víctima podría plantear una reclamación civil por daños ante un tribunal extranjero, al que por tanto se le pediría *inter alia* que ignorase el valor jurídico de un acto nacional que la autorizó. Más importante aún es que los autores de la tortura que actuasen por cuenta de o beneficiándose de esas medidas nacionales pueden sin embargo ser declarados responsables penales de tortura, ya sea en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un régimen posterior. Expuesto más brevemente, a pesar de una eventual autorización nacional de un órgano legislativo o judicial en violación del principio que prohíbe la tortura, los individuos siguen obligados a cumplir ese principio" (TPIY 1998: párrafo 155)[(44)]. Los efectos que le reconoce el Tribunal a la prohibición de la tortura por su carácter de *jus cogens* pueden extenderse a todas las normas imperativas que recogen derechos humanos.

(44) He tomado la traducción de (BOU FRANCH 290-291).

De igual modo, se ha interpretado desde la Comisión de Derecho Internacional cuando afirma: "Hasta la fecha, son relativamente pocas las normas imperativas reconocidas como tales. Sin embargo, diversos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han afirmado la idea de las normas imperativas en contextos que no se limitan a la validez de los tratados" (CDI 2001: 216)[45].

Si cabía alguna duda sobre la aplicación de las normas imperativas sobre los actos unilaterales de los Estados, esto desaparece con la jurisprudencia internacional reseñada y los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional. En otras palabras, cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *jus cogens* laboral gozaría de un carácter imperativo sobre el ordenamiento internacional como sobre los nacionales.

Si un tratado internacional o un acto unilateral de un Estado –una ley, una sentencia, una norma administrativa, etc.,– está en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional general sería declarado nulo.

REFLEXIÓN FINAL

La inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de los derechos humanos supuso colocar a este selecto grupo de derechos en la cúspide del ordenamiento internacional, con obligaciones vinculantes para los Estados y sometidos a procedimientos de control internacional.

En mi opinión, hay que resaltar la existencia de un *jus cogens* laboral. En ese listado de normas imperativas del Derecho Internacional general establecido por la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados, se ubican la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio y de las peores formas de trabajo infantil, y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La importancia del *jus cogens* laboral reside en que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados sería nulo si está en conflicto con los derechos humanos laborales recogidos en las normas imperativas del Derecho Internacional general. Así, el *jus cogens* laboral gozaría de un carácter

(45) Ver también (SIMMA 1994: 288).

imperativo sobre el ordenamiento internacional y los ordenamientos nacionales, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXIDZE, Levan
1981 "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law"
En: *Recueil des Cours.* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 172, Nº 3.

BOU FRANCH, Valentín
2002 "Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de Jus Cogens: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido"
En: *Anuario de Derecho Internacional.* Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Tomo XVIII.

BRONSTEIN, Arturo S.
2010 *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*
Plaza y Valdés Editores, Madrid .

BYERS, Michael
1997 "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules"
En: *Nordic Journal of International Law*. The Hague, Kluwer Law International Nº 66.

CASSESE, Antonio
1993 *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (1988)
Editorial Ariel, 1ª. Reimpresión, trad, de Atilio Pentimalli y Blanca Rivera de Madariaga. Barcelona.
2005 *International Law*
Clarendon Press, 2nd. Edition. Oxford.

DRZEWICKI, Krzystof
2001 "The right to work and rights in work"
En: *Economic, Social and Cultural Rights* de Asjborn Eide, Catherine Krause y Allan Rosas (Eds). Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers

ERMIDA URIARTE, Óscar
2003 "Derechos laborales y comercio internacional"
En: *Globalización económica y relaciones laborales* de Wilfredo Sanguineti y Agustín García Laso (Editores). Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

GAJA, Giorgio
1981 "Jus Cogens beyond the Vienna Convention"
En: *Recueil des Cours.* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 172, Nº 3.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio

1982 *El ius cogens internacional*
Universidad Autónoma de México, México D.F.

LI HAOPEI

2001 "Jus Cogens and International Law"
En: *International Law in the Post-cold War World* de Sienho Yee y Wang Tieya (Eds.) London, Routledge.

MARIÑO, Fernando M.

2005 *Derecho Internacional Público (Parte General)*
Editorial Trotta, 4ª. edición revisada. Madrid.

MERON, Theodore

1986 *Human Rights Law-Making in the United Nations*
Clarendon Press. Oxford.

2003 "International Law in the age of Human Rights"
En: *Recueil des Cours.* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 301.

ORAKHELASHVILI, Alexander

2012 *Peremptory norms in International Law*
University Press, Reprinted. Oxford.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio

2002 *Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales*
Madrid, Editorial Tecnos, 8ª. Edición, Reimpresión.

RAGAZZI, Mauricio

1997 *The Concept of International Obligations Erga Omnes*
Clarendon Press, Oxford.

SIMMA, Bruno

1994 "From Bilateralism to Community Interest in International Law"
En: *Recueil des Cours*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 250, Nº 6.

SIMMA, Bruno y ALSTON, Philip

1996 "The sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and general Principles"
En: *Human Rights Law* de Philip Alston (Ed.). Aldershot, Dartmouth.

TOMUSCHAT, Christian

1993 "Obligations arising for States without or against the will"
En: *Recueil des Cours*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, Tomo 241, Nº 4.

VILLÁN DURÁN, Carlos

2002 *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
Editorial Trotta. Madrid.

Documentos e Informes

Comisión de Derecho Internacional (CDI)

1963 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de Naciones Unidas* (A/CN.4/SER A/1963)

Ginebra, Naciones Unidas

1996 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/51/10)*

Ginebra, Naciones Unidas

2001 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/56/10)*

Ginebra, Naciones Unidas

2002 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (A/57/10)*

Ginebra, Naciones Unidas

Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité DDHH)

1994 *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto* (Observación General Nº 24)

Ginebra, Naciones Unidas

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

2001 *Alto al trabajo forzoso.* (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

2005 *Una alianza global contra el trabajo forzoso* (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

2007 *Erradicar el Trabajo Forzoso* (Estudio General de la Comisión de Expertos de la OIT).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

2009 *El costo de la coacción* (Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo).

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

2003 Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (17 de septiembre de 2003).

San José, Secretaría de la Corte, Serie A, Nº 18.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

1949 Caso "Canal de Corfú" (Reino Unido vs. Albania)

La Haya, Sentencia de 9 de abril de 1949.

1950 Caso “Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania”

La Haya, Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950

1951 Caso “Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio”

La Haya, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951

1966 Caso “África Sudoccidental” (Etiopía y Liberia vs. Sudáfrica)

La Haya, Sentencia de 18 de julio de 1966.

1970 Caso “Barcelona Traction” (Bélgica vs. España)

La Haya, Sentencia de 5 de febrero de 1970.

1971 Caso “Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Sudáfrica en Namibia (Sudoeste de África) pese a la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”

La Haya, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971.

1980 Caso “Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán” (Estados Unidos vs. Irán)

La Haya, Sentencia de 24 de mayo de 1980.

1986 Caso “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua vs. Estados Unidos)

La Haya, Sentencia de 27 de junio de 1986

1995 Caso “Timor Oriental”

La Haya, Sentencia de 30 de junio de 1995.

1996 Caso “Legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares”

La Haya, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996.

2004 Caso “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”

La Haya, Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

2006 Caso “Actividades militares en el territorio del Congo” (Jurisdicción de la Corte y admisibilidad de la aplicación)

La Haya, Sentencia de 3 de febrero de 2006.

2007 Caso “Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)

La Haya, Sentencia de 26 de febrero de 2007.

2010 Caso “Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo”

La Haya, Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010.

2012a Caso “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados” (Alemania vs. Italia)

La Haya, Sentencia de 3 de febrero de 2012.

2012b Caso “Cuestiones relacionadas a las obligaciones para perseguir o extraditar” (Bélgica vs. Senegal)

La Haya, Sentencia de 20 de julio de 2012.

Tribunal Especial Independiente para Sierra Leona (TEISL)

2004 Caso "Norman"

Freetown, Decisión preliminar de 31 de mayo de 2004 (Cámara de Apelaciones).

2007 Caso "Brima, Kamara y Kanu"

La Haya, Sentencia de 20 de junio de 2007.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)

1998 Caso "Furundzija"

La Haya, Sentencia de 10 de diciembre de 1998.

2001 Caso "Kunarac, Kovac y Vukovic"

La Haya, Sentencia de 22 de febrero de 2001

2002a Caso "Krnojelac"

La Haya, Sentencia de 15 de marzo de 2002

2002b Caso "Kunarac, Kovac y Vukovic"

La Haya, Sentencia de 12 de junio de 2002 (Cámara de Apelación)

2003 Caso "Krnojelac"

La Haya, Sentencia de 17 de setiembre de 2003 (Cámara de Apelación)

DERECHOS DE LA PERSONA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LA ERA DEL EQUILIBRIO FLEXIBLE ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES[1]

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND[2]

I. UN PROBLEMA, A FIN DE CUENTAS, NO RESUELTO

Las páginas que siguen tienen como propósito reflexionar sobre unas de las líneas de tendencia del moderno Derecho del Trabajo en torno a la cual existe en la actualidad uno de los consensos más amplios, pero que, sin embargo, viene experimentando desde hace ya bastante tiempo un evidente entrampamiento, sin que parezca vislumbrarse además una salida a corto plazo para el mismo. Todo ello, naturalmente, con la intención de proponer algunas ideas, como se verá vinculadas a la naturaleza misma del problema que se encuentra en la raíz de tal estado de cosas, que puedan contribuir a su superación.

Me estoy refiriendo a la cuestión, por cierto para nada novedosa a estas alturas, de la proyección en el seno de la relación laboral de los derechos constitucionales que corresponden al trabajador en cuanto persona o ciudadano. Es decir, de los derechos del "ciudadano-trabajador", que este puede

(1) Este artículo recoge, acompañado del correspondiente aparato de notas, una distribución de las materias tratadas por epígrafes y algunos añadidos fruto de la reflexión posterior del autor, la conferencia de clausura del IV Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, impartida por el mismo el 28 de octubre de 2010 en la ciudad del Cusco. Constituye para el mismo motivo de profunda satisfacción poderlo publicar en este libro conmemorativo del vigésimo quinto aniversario de dicha institución, de la que se siente muy honrado de formar parte.

(2) Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca.

ejercer en la empresa como "trabajador-ciudadano", en la afortunada síntesis de Carlos Palomeque(3).

Para algún autor, la emergencia de estos derechos marca un cambio radical de actitud del Derecho del Trabajo, que ha dejado de comportarse como una suerte de erizo, preocupado únicamente por la tutela de la dimensión socioeconómica de la existencia del trabajador, para pasar actuar más bien como un zorro, interesado en abarcar las múltiples dimensiones del quehacer humano(4). Forzoso me parece reconocer, sin embargo, que si el Derecho del Trabajo actúa aquí realmente como un zorro, se trata, lastimosamente, de un zorro que "caza pocas gallinas". Es decir, en todos los ordenamientos de nuestro entorno cultural existe un grupo más o menos amplio de sentencias, preferentemente expedidas por órganos de control constitucional, que a modo de singulares "gallinas", reconocen y aplican estos derechos en el ámbito laboral. Sin embargo, de ellas no parece haberse derivado una transformación del "modo de estar" de los trabajadores en la empresa como la que en principio hubiera podido esperarse. Es más, a despecho del consenso existente sobre la cuestión, en el fondo seguimos sin saber, más allá de los casos concretos resueltos por los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, cuáles son los criterios con arreglo a los cuales han de aplicarse tales derechos cuando se proyectan sobre una relación de textura tan singular como la de trabajo.

La tan ponderada "ciudadanía de la empresa" se está convirtiendo, de tal modo, en una fuente constante de insatisfacciones, al no corresponderse las expectativas puestas en ella con la realidad de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

En estas condiciones, me parece que resulta necesario preguntarse por las razones de semejante situación. ¿Esta se explica solamente por la resistencia de los empresarios a la aplicación de estos derechos, que al fin y al cabo imponen límites a sus poderes? ¿Está detrás de ella un problema técnico-jurídico no resuelto, pero al que podamos intentar dar solución? O, en fin, ¿se trata más bien de falsas expectativas puestas en torno al carácter transformador de estos derechos?

(3) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Los derechos laborales en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32.

(4) UGARTE CATALDO, J. L. "La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro". En: *Revista de Derecho*, 2007, núm. 2, p. 53, parafraseando a I. Berlin.

II. PROFUNDIZANDO EN LAS RAZONES DEL ENTRAMPAMIENTO

La respuesta a tan decisivo interrogante es seguramente compleja y necesitada de más de una matización.

Para aproximarnos a sus causas es preciso empezar por reconocer que se trata de una cuestión que se encuentra inscrita nada menos que en el código genético del Derecho del Trabajo.

1. Una necesidad tan esencial como desatendida en un inicio

El Contrato de Trabajo, como todos sabemos, no constituye solamente una relación de carácter patrimonial. A través de él el trabajador no compromete su patrimonio sino que, como afirmaría hace muchos años Sinzheimer, "se da a sí mismo"(5). Y lo hace, además, sometiéndose al poder y la autoridad de la otra parte del mismo.

En estas condiciones, parece claro que la garantía de la posición del trabajador en el seno de la relación de trabajo no puede ser solo una tutela de tipo económico; que tan importante como esta es la garantía de su estatus personal, expresada a través del respeto de los derechos que le son inmanentes. Solo así, combinando ambas formas de tutela, el Derecho del Trabajo está en condiciones de asegurar que la persona del trabajador sea tratada de acuerdo con la dignidad que le corresponde. De evitar, en suma, como señala nuevamente Sinzheimer, "que el hombre sea tratado igual que las cosas"(6).

Muy otro era, no obstante el punto de partida. Al extremo de que un teórico marxista como Karl Korsh llegaría a afirmar, refiriéndose a la situación en las primeras décadas del pasado siglo, que "al atravesar la puerta de la fábrica" el trabajador "queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor"(7).

Esta situación intentaría ser revertida, no obstante, por otras vías. En particular mediante la creación de mecanismos de tutela socioeconómica del trabajador e instituciones de contrapoder colectivo. Habrá que esperar, como constata Baylos, nada menos que hasta el post mayo del 68 para que, recién, se empiece a contemplar el "ingreso de la Constitución en la fábrica"(8). Una

(5) SINZHEIMER, H. *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*. IELSS, Madrid. 1984, p. 73.

(6) Loc. cit.

(7) KORSH, K. *Lucha de clases y Derecho del Trabajo*. Ariel, Barcelona, 1980, p. 16.

(8) BAYLOS GRAU, A. *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid. 1991, p. 96.

tarea cuyo punto de arranque se encuentra en el Estatuto de los trabajadores italiano de 1970 y que encontraría continuidad en otros ordenamientos principalmente a nivel jurisprudencial, como consecuencia del reconocimiento de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, incluyendo dentro de ellas a las de trabajo.

2. La emergencia de un nuevo modelo de Constitución como telón de fondo y los problemas asociados al mismo

Es importante observar, en cualquier caso, que este importante cambio de actitud viene de la mano y se nutre de una decisiva transformación experimentada por el constitucionalismo moderno en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuyo resultado es nada menos que la afirmación de un nuevo modelo de Estado y una nueva teoría de la Constitución. Como tal, es heredero de sus innegables virtudes, pero también de sus límites y sus dificultades, conforme podremos comprobar.

Como ha apuntado Prieto Sanchís, el modelo de Constitución que manejamos en la actualidad es el fruto de la confluencia de dos tradiciones constitucionales distintas: de un lado, la tradición norteamericana, dentro de la cual la Constitución es concebida como una norma cuya misión esencial es fijar las reglas básicas de juego a nivel social y político, cuyo control se encarga a los jueces; y, del otro, la tradición europea nacida de la Revolución francesa, para la cual la Constitución constituye la encarnación de un proyecto político, cuyo cumplimiento compete al legislador. El resultado de esta confluencia es la afirmación de un modelo de Constitución caracterizada por la presencia de un denso contenido material, integrado por un gran número de principios, directrices y derechos, todos los cuales resultan de aplicación directa e inmediata a través del control judicial. Es decir, constituciones materiales, judicialmente garantizadas[9].

Lo anterior no plantearía demasiadas dificultades si las constituciones tributarias de este modelo supusiesen un pacto en torno a unos pocos principios, comunes y coherentes unos con los otros. Pero no es así. Antes bien, estas constituciones se caracterizan por incorporar una vasta serie de postulados distintos y tendencialmente contradictorios entre sí. Y además de forma lapidaria y apodíctica, sin prever soluciones para los conflictos que entre ellos puedan producirse, ni fijar sus posibles puntos de equilibrio o compatibilidad. Así, la mayor parte de nuestras Constituciones consagran, por citar unos pocos

(9) Véase PRIETO SANCHÍS, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 124-127.

ejemplos, la libertad de expresión y el derecho al honor, la libertad de manifestación y el deber del Estado de proteger el orden público, o incluso el derecho al trabajo y la libertad de empresa, a pesar de que todos ellos, llevados a su máxima expresión, terminan resultando incompatibles.

Las dificultades resultan aún mayores si se tiene en cuenta que esos principios y derechos están concebidos para regir también las relaciones entre particulares. Y que, por tanto, no solo pueden entrar en conflicto unos con otros, sino que su eficacia puede verse modulada, condicionada o incluso limitada igualmente por el juego del principio de autonomía de la voluntad, por el que estas relaciones se rigen(10).

3. ¿De qué "sustancia" están hechos los derechos fundamentales?

Este tipo de constataciones han conducido a los filósofos del Derecho, así como a los constitucionalistas, a preguntarse por la "sustancia" de la que están hechos los derechos fundamentales.

Desde luego, parafraseando a Shakespeare, no parece que los mismos estén hechos "de la misma materia que los sueños". Los derechos fundamentales son realidades jurídicas y no meras promesas, cuyo respeto está garantizado judicialmente por las Constituciones. Lo que no parece que pueda admitirse, sin embargo, es que tales derechos amparen una pretensión absoluta e incondicionada a su ejercicio. Antes bien, resulta absolutamente claro que este solo puede producirse dentro del respecto de los demás derechos, principios y valores consagrados por la propia Constitución que los recoge.

Es en este sentido que debe ser entendida la caracterización que hace la doctrina, y en particular Alexy, de las normas iusfundamentales como portadoras de "principios" o "mandatos de optimización"(11). Lo que a través de ella se persigue no es negar su carácter vinculante de las mismas o convertirlas en disposiciones puramente programáticas, sino más bien resaltar que, a la hora de su ejercicio, deben ser conjugadas con la garantía de los demás bienes y derechos garantizados por la propia Constitución con los que puedan en-

(10) De hecho, es en esta circunstancia, es decir en la potencial "existencia de una relación voluntaria que puede llevar a desvirtuar algunas de las pretensiones en principio amparadas por el sistema de derechos fundamentales", y no propiamente en la cualidad o condición de los sujetos obligados, donde radica la raíz del tan debatido problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, como destaca nuevamente PRIETO SANCHÍS L. *"La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares"*. En: Prieto Sanchís L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, 1990, Madrid, pp. 207-208.

(11) Véase, R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edición, Madrid, 2007 (traducción de C. Bernal Pulido), pp. 67 y ss.

trar en conflicto. De hecho, el propio Alexy reconoce que el empleo de esta denominación "se aparta del uso habitual del lenguaje", en la medida en que su cometido esencial es poner de manifiesto que los derechos fundamentales aportan únicamente razones prima facie en favor de quien pretende ejercerlos, las cuales deben ser puestas en contacto con las que avalan, en su caso, otras pretensiones de signo opuesto, con el fin de determinar el grado en el que deben cumplirse en cada caso[12].

4. La especial gravedad del problema en el ámbito de las relaciones de trabajo

Por lo demás, la situación que se acaba de describir se reproduce, y además con particular dramatismo, en el seno de las relaciones de trabajo.

En este ámbito resulta absolutamente claro que el trabajador, que es titular de derechos fundamentales en la vida social, no se despoja de ellos al ingresar en la empresa, pero también, como apunta Blancas, que el empleador es titular de poderes organizativos y directivos que encuentran también respaldo constitucional a través de la libertad de empresa[13]. Ambas partes, además, están vinculadas a través de una relación obligatoria que es capaz de dar lugar, en el momento de su ejecución, a múltiples y muy agudas situaciones de conflicto entre los derechos que a cada uno corresponden, ya que el contrato de trabajo genera un vínculo duradero o de tracto sucesivo entre ambas, dentro de la cual la actividad personal de una se ve sometida a la voluntad y ha de satisfacer los intereses de la otra.

Naturalmente, también en este caso nos encontramos delante de pretensiones que, llevadas hasta sus últimas consecuencias, son incompatibles. Así, resulta meridianamente claro que un ejercicio absoluto e ilimitado de los poderes de dirección, vigilancia y control del empleador puede terminar por anular toda posibilidad de ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de los trabajadores a su servicio. No obstante, lo es también que un celo igualmente absoluto por parte de estos en dicho ejercicio está en condiciones de vaciar de contenido esos poderes y terminar por desorganizar e incluso paralizar las actividades de la empresa.

Es en esta confluencia de situaciones jurídicas y pretensiones, contradictorias entre sí pero a la vez dotadas ambas en principio de respaldo constitucional, las cuales se encuentran además entrelazadas en el marco de una

(12) Ibídem, 84 y 80, respectivamente.

(13) BLANCAS BUSTAMANTE, C. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 105.

relación jurídico-privada dotada de un gran potencial invasivo de las respectivas esferas de los derechos implicados, donde radica, al menos en opinión de quien esto escribe, la gran dificultad que entraña la garantía de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de las relaciones de trabajo. Y también, naturalmente, la causa de su actual entrampamiento.

III. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESPUESTA PARA UN PROBLEMA CAPITAL

Lo dicho hasta aquí nos permite apreciar cómo la afirmación de la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador en las relaciones de trabajo constituye, en realidad, más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de dudas y de interrogantes que de afirmaciones claras y concluyentes, en la medida en que deja sin resolver el decisivo problema de la relación entre estos derechos y el conjunto de obligaciones asumidas por el mismo a través del contrato de trabajo. Y muy en particular, claro está, con el desenvolvimiento de los poderes empresariales, a los que el trabajador ha consentido someterse.

1. Un primer intento de solución: la determinación del "contenido laboral" de los derechos fundamentales

Durante bastante tiempo la doctrina laboralista ha intentado afrontar este problema crucial tratando de identificar o delimitar el "contenido laboral" de cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución al trabajador en tanto persona o ciudadano. Es decir, el espacio de ejercicio de su libertad de expresión en la empresa, el ámbito de intimidad que ha de serle respetado por el empleador, la dimensión laboral de su derecho al honor, etc.

Aunque este ha sido un ejercicio sin duda provechoso, no ha servido para zanjar definitivamente el problema. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque resulta difícil de asumir que sea posible determinar de una sola vez y con total exactitud el contendido definitivo de unos derechos que, como los que son objeto de nuestra atención, se caracterizan precisamente por tener una estructura abierta e indeterminada(14). Ciertamente, por esta vía es posible dar algunos pasos importantes en dicha delimitación, especialmente en aquellos supuestos en los que la compatibilización entre la garantía del dere-

(14) Como apunta con acierto UGARTE CATALDO, J. L. "Privacidad, trabajo y derechos fundamentales". En: *Laborem*, 2010, núm. 10, pp. 194-195.

cho fundamental del trabajador y el ejercicio de los poderes empresariales resulta posible. Es decir, cuando es factible determinar de forma clara el espacio de cada uno de ellos.

Este método, sin embargo, no es capaz de aportar ningún criterio general que permita dar respuesta a las numerosas situaciones en las que esa compatibilización no puede realizarse, por existir una genuina colisión entre ambas pretensiones. Así, por citar un ejemplo bastante conocido, en el caso de la petición de un trabajador que se ha convertido a la fe de la Iglesia Adventista del Séptimo Día de no trabajar los sábados para cumplir con sus deberes religiosos, contrariando de tal modo decisiones expresas de su empleador, no existe compatibilización posible entre los puntos de vista y las aspiraciones de ambos. Aquí es claro que, o se le da la razón al trabajador y se lo exonera del trabajo en sábados, o se la concede al empleador, y se exige al primero seguir laborando esos días.

2. Una opción intermedia: la "adaptabilidad" del ejercicio de los derechos fundamentales al contrato de trabajo

Naturalmente, una forma bastante sencilla y operativa de resolver el problema que se acaba de apuntar es contemplarlo en términos de *adaptabilidad o adecuación* del ejercicio de los derechos fundamentales al marco de derechos y obligaciones del contrato de trabajo. El ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador, así como de sus poderes empresariales por el empleador, solamente resultará posible, desde esta perspectiva, en la medida en que se ajusten o no afecten dicho marco y no en caso contrario, debiéndose resolver los supuestos de conflicto entre ambos a partir de este criterio.

Lo que ocurre es que, si la primera de las vías descritas termina por llevarnos a un punto muerto en los supuestos realmente relevantes, esta opción, que apreciamos por ejemplo en algunos pronunciamientos de la primera etapa del Tribunal Constitucional español, [15] nos ofrece una respuesta manifiestamente fallida al problema, en tanto que basada en una subordinación de la aplicación de los derechos fundamentales a la lógica del contrato de trabajo que resulta tan evidente como rechazable.

(15) Véase, a título de ejemplo, las muy conocidas Sentencias 19/1985, del 13 de febrero, 170/1987, del 30 de octubre, y 129/1989, del 17 de julio.

3. Una tercera respuesta de origen jurisprudencial: la consideración del problema como uno de colisión entre derechos fundamentales

De todas formas, frente a estos dos primeros caminos, claramente fallidos, como se acaba de ver, existe otro, cuya creación es un hallazgo de la jurisprudencia constitucional, habituada por su función a hacer frente a supuestos de genuina colisión entre derechos fundamentales, y en particular de la del Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque con posterioridad ha sido racionalizado y sistematizado por la doctrina, en particular de la mano de Alexy a través de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, cuya primera edición en lengua alemana data del año 1986(16).

En este caso, más que tratar de fijar posiciones absolutas e inamovibles integrantes de la supuesta "esencia" de los derechos fundamentales en liza a partir de la cual resolver la antinomia o someterlos al "potro" de su adaptación a los esquemas del contrato de trabajo, lo que postula es, más bien, la necesidad de establecer entre ellos "una relación de precedencia condicionada"(17) únicamente para la situación específica que los enfrenta, teniendo en cuenta como criterio fundamental para adoptar la decisión correspondiente la mayor o menor medida en la que la realización de la pretensión de sus respectivos titulares satisface, en el caso del que se trate, el objetivo de optimización de la aplicación de los principios y valores consagrados por la norma fundamental. Dicho con otras palabras, siendo las dos pretensiones igualmente válidas desde la óptica constitucional, de lo que se trata es de determinar cuál lo es más, por traer consigo una aplicación más intensa que la otra de los contenidos de la Constitución, estableciendo entre ambas lo que Guastini ha denominado una "jerarquía axiológica móvil", en tanto que referida al caso concreto, y susceptible, por tanto, de verse alterada, por tanto, en otro distinto(18).

Este método, que ha sido objeto de entusiasta recepción por los órganos de control constitucional de la mayor parte de países de nuestro entorno cultural, incluido el Tribunal Constitucional español, recibe el nombre, como todos sabemos, de principio o test de proporcionalidad.

(16) ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Suhkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986. Se cita aquí la obra en su última traducción al castellano, que data del año 2007. Véase, *supra* nota 11.

(17) Por utilizar aquí las palabras de ALEXY, R. Teoría …, cit., p. 73.

(18) GUASTINI, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

IV. LA "MARCHA TRIUNFAL" DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO FÓRMULA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INCOMPLETA APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Como es de sobra conocido, a lo largo de la última década el principio de proporcionalidad ha terminado por erigirse, debido esencialmente al efecto irradiador que ha tenido sobre los demás órdenes jurisdiccionales la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales, en el criterio dirimente básico de los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo dentro de estos los que se presentan en el ámbito de las relaciones entre trabajadores y empleadores. Este proceso abarca, entre otros, al ordenamiento español, dentro del cual el Tribunal Constitucional ya en el año 1998 tuvo ocasión de declarar de forma categórica que "la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad"[19].

Esta "marcha triunfal" del test del mismo nombre, por parafrasear aquí a Alexy,[20] no ha venido acompañada, sin embargo, de una clarificación de su manera de operar. Y menos aún de un examen detenido de la forma como hay que aplicarlo a una relación tan singular como la de trabajo.

La anterior es una tarea indispensable, toda vez que, si no es aplicada de forma adecuada, el principio de proporcionalidad puede convertirse con gran facilidad en fuente de nuevas y más profundas frustraciones. No debemos perder de vista que, como se ha dejado apuntado, dado que en situaciones como las que nos ocupan contraponen dos intereses enfrentados que resultan, prima facie al menos, igualmente legítimos desde el punto de vista de la norma fundamental, es posible encontrar argumentos de peso para conceder prioridad tanto a uno como al otro. Esto permite que esta fórmula de razonamiento pueda ser utilizada con gran facilidad para justificar toda clase de restricciones de los derechos fundamentales sobre la base de argumentar la vinculación de estas con otros bienes o derechos amparados por la Constitución. De allí que se haya llegado a afirmar, con dosis equivalentes de cinismo y de realismo, aunque con el evidente propósito de alertar sobre este riesgo,

(19) Según se lee en su Sentencia 37/1998, del 17 de febrero.

(20) ALEXY, R. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En: M. Carbonell (compilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 31, con referencia al avance experimentado por el tipo de Estado constitucional democrático.

que "motivada y razonablemente se pueden vulnerar la práctica totalidad de nuestros Derechos Fundamentales"(21).

1. La "versión laboral" del principio de proporcionalidad: la "imprescindibilidad" de la restricción del derecho fundamental del trabajador

La elaboración de criterios claros y objetivos que permitan una aplicación previsible, estructurada y con un nivel aceptable de seguridad jurídica del principio de proporcionalidad, es una tarea aún pendiente, al menos en lo que al ámbito de las relaciones de trabajo se refiere. De momento lo que tenemos son solamente intentos más o menos logrados, pero a fin de cuentas insuficientes, de transposición del mismo al terreno laboral.

Uno de los más difundidos de tales intentos, especialmente a través de la doctrina y la jurisprudencia constitucional españolas, es el que identifica proporcionalidad con "imprescindibilidad", especialmente cuando se trata de juzgar medidas empresariales restrictivas de los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos casos, se afirma, el derecho fundamental del trabajador solo ha de ceder cuando ello resulte indispensable para satisfacer un interés legítimo del empleador y no exista además otra posibilidad menos restrictiva de atenderlo(22). Dicho con palabras del Tribunal Constitucional español: "dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial"(23). La licitud de cualquier restricción de los derechos fundamentales atribuidos a los trabajadores se encontraría sometida, de este modo, a la necesaria superación de lo que bien puede ser denominado un "test" o "juicio de indispensabilidad o imprescindibilidad".

(21) CARRASCO PEREA, A. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, núm. 11, p. 53.

(22) El punto de arranque de este enfoque se encuentra en la muy conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, del 12 de abril, en la que se afirma, en relación con la determinación de la validez de una orden empresarial restrictiva de un derecho fundamental del trabajador, que "no basta" con que la misma "sea, prima facie, legítima", sino que "es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador (…) sea verdaderamente la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial". En doctrina, recogiendo este planteamiento, pueden verse, por todos, los estudios de GOÑI SEIN, J. L. "Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad". En: *Revista de Derecho Social,* 2005, núm. 32, p. 83; y OJEDA AVILÉS, A. "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa". En: *Revista de Derecho Social*, 2006, núm. 35, pp. 23-24.

(23) Según se lee en la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1997, del 26 de noviembre.

Como destaca Goñi Sein,[24] allí donde ha sido aplicada, esta construcción ha demostrado poseer una gran eficacia a los efectos de limitar la tendencia a considerar los poderes de organización y dirección empresariales como poderes absolutos o ilimitados, en la medida en que ha contribuido a desechar de plano las pretensiones más groseras de limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores, basadas por lo general en un uso irracional, arbitrario, caprichoso, inútil o exagerado de los mismos. Así, a nadie se le ocurre ya que pueda entenderse justificado prohibir las relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo, instalar sistemas de control del tiempo que los trabajadores permanecen en el baño o de escucha indiscriminada de sus conversaciones, realizar toda clase de preguntas sobre la vida privada de los mismos en los procesos de selección de personal o imponerles el sometimiento a pruebas genéticas, o por citar solo algunos ejemplos.

Aún así, como se podrá apreciar inmediatamente, no se trata de una construcción desprovista de limitaciones.

2. Las carencias del juicio de "imprescindibilidad"

En efecto, a despecho de sus indudables virtudes, en especial respecto de las construcciones precedentes, el que acaba de ser sintetizado acaba por ser un planteamiento insuficiente. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque, como salta a la vista de la sola lectura atenta de su formulación, a través de él se termina por atribuir prioridad al interés empresarial de afectación del derecho fundamental del trabajador sobre la legítima expectativa de este último de disfrutar del mismo sin limitaciones cada vez que no exista otra manera menos agresiva de satisfacer la pretensión del primero.

El principio de proporcionalidad se trastroca, de tal manera, en una suerte de "principio de intervención mínima" del empleador sobre los derechos fundamentales del trabajador, útil como tal sin lugar a dudas, pero a la vez manifiestamente insuficiente, en la medida en que se conforma con analizar únicamente si la medida limitativa del derecho fundamental puesta en marcha por el primero es *idónea* para satisfacer un interés protegido por la libertad de empresa y además *necesaria* para satisfacerlo por no existir otra menos restrictiva capaz de conseguir ese resultado, dejando así en la sombra y sin resolver nada menos que el problema fundamental que se presenta en estos casos. Problema fundamental que no es otro, naturalmente, que el de determinar si, bajo

(24) GOÑI SEIN, J. L. *La compleja coexistencia de los derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo*. Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2010, p. 25.

tales condiciones, el interés afectante del empleador ha de prevalecer sobre el del trabajador afectado al goce sin interferencias de su derecho fundamental.

La sola realización del que hemos denominado "test de imprescindibilidad" presupone, de tal modo, una aplicación fragmentaria, incompleta o insuficiente del test de proporcionalidad, en su versión completa y comúnmente aceptada,(25) centrada exclusivamente en los dos pasos preliminares del mismo (el "juicio de idoneidad" y el "juicio de necesidad"), con la consiguiente omisión de la parte principal o el núcleo del mismo, que está representada, precisamente, por la *ponderación* de la importancia que es posible atribuir desde la perspectiva constitucional a cada uno de los intereses en conflicto, con el fin de determinar a cuál de los dos ha de serle reconocida prioridad en el caso concreto, por conllevar una aplicación más intensa de los contenidos consagrados por la norma fundamental (el "juicio de proporcionalidad en sentido estricto").

V. ¿CÓMO REALIZAR LA DIFÍCIL TAREA DE PONDERAR EN EL SENO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO?

La ponderación es el paso del test de proporcionalidad que exige un mayor esfuerzo analítico y argumentativo. Es por ello que existe la tendencia a obviar su realización, centrando la atención únicamente en el análisis de la idoneidad y la necesidad del medio, como de hecho ocurre con la construcción que acaba de ser reseñada. No obstante, se trata de una operación cuya realización resulta indispensable cada vez que la limitación de un derecho fundamental constituye la única forma de satisfacer otro derecho fundamental. De lo contrario, como hemos visto, el juicio de proporcionalidad termina por conducir siempre a conceder prioridad al interés del sujeto afectante sobre el del afectado, con la consiguiente preterición, ya desde un inicio, de la posición jurídica de este último.

¿Cómo efectuar la ponderación cuando el conflicto entre el derecho fundamental se presenta en el seno de una relación de trabajo?

Esta es una cuestión que, por sorprendente que parezca, es por lo general soslayada por la doctrina e incluso por la jurisprudencia sobre la materia,

(25) Para una completa reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad, véase especialmente BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª edic. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 692 y ss.

que se contentan, a lo más, con realizar enunciaciones de carácter general sobre la misma, en muchos casos caracterizadas por su ambigüedad o falta de exactitud. Así ocurre, por ejemplo, cuando se afirma sin más precisiones, como ocurre también en un conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, que "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental" supera el "juicio de proporcionalidad en sentido estricto" es necesario comprobar "si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"(26).

La reflexión autónoma sobre la estructura y el contenido del juicio de proporcionalidad, procedente especialmente del ámbito de la Filosofía del Derecho, nos proporciona, de todas formas, elementos de juicio del mayor interés y utilidad, a partir de los cuales es posible llevar a cabo una reconstrucción de la manera como ha de llevarse a cabo este singular ejercicio argumentativo cuando nos encontramos ante conflictos entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de la persona acaecidos en el marco de una relación de trabajo(27).

1. Una premisa elemental

Dicha reconstrucción ha de partir de una premisa que no por elemental y presuntamente sabida debe dejar de ser puesta de manifiesto: el trabajador, que en muchas situaciones de conflicto ocupa la situación de sujeto pasivo de una actuación empresarial limitativa de alguno de los derechos fundamentales que como persona le corresponden, tiene una pretensión de respeto o no afectación del mismo que debe ser considerada, prima facie, al menos tan legítima como la del empleador al ejercicio de sus prerrogativas de dirección, organización y gestión amparadas por la libertad de empresa. El sacrificio del primero, por tanto, solo podrá ser admitido de manera excepcional, cuando sea posible establecer que la tutela del interés del empleador resulta prioritaria desde la óptica constitucional.

Claro que, como es obvio, la misma observación ha de ser hecha en sentido inverso, cuando nos encontremos ante el supuesto, ciertamente por ahora menos frecuente dentro de la casuística habitual, de la pretensión de ejercicio

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, del 10 de julio, en la que este aborda por primera vez la tarea de definir los alcances del principio y los escalones de razonamiento que comprende.

(27) En particular, se han utilizado como base para las reflexiones que siguen las conclusiones de dos monumentales trabajos sobre la materia. Se trata de los libros de R. Alexy y C. Bernal Pulido citados en *supra* notas 11 y 24, respectivamente.

por parte de un trabajador de uno de sus derechos fundamentales con sacrificio de las prerrogativas empresariales.

Aceptar esto último conduce de forma natural, sin embargo, a admitir un resultado que hasta hace no mucho tiempo planteaba grandes dudas a ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Este no es otro que la posibilidad de que las prerrogativas empresariales puedan verse limitadas, y el marco contractual en el que se desenvuelve la relación de trabajo adaptado, si bien no con carácter general, al menos sí cada vez que el interés del trabajador al ejercicio de su derecho fundamental pueda ser considerado, dentro del sistema de derechos y valores consagrado por la Constitución, preponderante frente al del empleador.

2. Las distintas variables en juego

Ahora bien, como se dejó dicho en su momento, que deba reconocerse prioridad a una u otra de las pretensiones enfrentadas dentro de las situaciones de conflicto depende de que su satisfacción conlleve o suponga una aplicación más intensa de los derechos, valores y principios consagrados por la norma fundamental que la de la otra.

El problema radica, naturalmente, en determinar cuáles son las magnitudes que nos permiten medir dicha intensidad en nuestro caso.

a) Un criterio de partida: la importancia material de cada uno de los derechos fundamentales en conflicto

Una primera variable para tener en cuenta se vincula con la importancia material que quepa atribuir dentro del sistema constitucional a cada uno de los derechos en liza, en función de su conexión con los valores nucleares del mismo. No debe perderse de vista que la indiscutible unidad sistemática de los derechos fundamentales al interior del conjunto del ordenamiento jurídico no impide, como apunta Peces Barba, establecer "jerarquías internas" entre ellos o incluso construir a una "escala de fundamentalidad" fundada en la mayor o menor cercanía y necesidad de su vigencia para la plasmación efectiva de dicho sistema de valores(28).

Desde esta perspectiva, como apunta el propio autor recién citado, parece claro que en los sistemas constitucionales de carácter democrático

(28) PECES BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 365.

y vocación personalista como son los que giran en torno a los derechos fundamentales de la persona, "deben prevalecer", en caso de conflicto con otros igualmente consagrados por la norma fundamenta, aquellos derechos que: a) "más vitalmente afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen un sistema de derechos fundamentales"; b) "más afecten o protejan al individuo y a su dignidad" o que "más contribuyan al pleno desarrollo de su personalidad"; c) "satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona"; o d) "tengan más extensión y aplicación a un número más amplio de personas"(29).

Lo anterior supone, para empezar, que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con el principio democrático, mayor deberá ser el peso que se le atribuya en la ponderación, conforme apunta con contundencia Bernal Pulido(30). Como es obvio, la aplicación de este criterio al ámbito de las relaciones de trabajo conduce a atribuir, ya de entrada, un valor singular al ejercicio por parte de los trabajadores de las libertades ideológica y religiosa, de expresión e información, de asociación y de reunión y manifestación, dada su condición de prerrequisitos esenciales para la vigencia efectiva de dicho principio.

De igual modo, con arreglo a los criterios antes enunciados no parece que pueda ponerse en duda que, como propone este mismo autor, cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad de la persona, que actúa como fundamento del sistema de derechos en su conjunto, deberá reconocérsele también un peso superior en la ponderación. (31) Consecuencia natural de ello será, como es fácil de deducir, el reconocimiento de un valor especial al respeto de la "versión laboral" de los derechos a la integridad física y moral, al honor y a la intimidad y a la propia imagen, más aún cuando el conflicto se presente con otros derechos, como la libertad de empresa, a los que no es posible atribuir un nivel de fundamentalidad equivalente.

La consecuencia de atribuir esta especial relevancia de partida a los derechos que han sido mencionados no es, naturalmente, concederles una prioridad absoluta e incondicionada sobre cualesquiera otros con los

(29) Ibídem, 366.

(30) BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad* … Ob. cit., p. 770, con alusión a los derechos que se mencionan a continuación, así como a la libertad sindical.

(31) Ibídem, p. 772.

que pudieran entrar en conflicto. En realidad, su efecto es más modesto, aunque no por ello intrascendente. Este se concreta en la necesidad de que su eventual derrota dentro de la ponderación tenga que venir avalada por la existencia de un interés extraordinario del lado contrario de una intensidad suficiente como para justificar el sacrificio de los valores fundamentales que ellos encarnan.

b) Un relevante factor de corrección: la posible concurrencia de otros derechos que avalen la pretensión limitadora

Ese interés extraordinario capaz de avalar el sacrificio del derecho fundamental al que cabe atribuir un peso singular de partida en la ponderación puede estar representado, antes que nada, por la concurrencia de algún otro derecho o valor constitucional del "otro lado" de la situación de conflicto, que sea capaz de reforzar la más modesta posición de partida de la libertad de empresa, al tener que sumarse su "peso" al de esta.

Así ocurre, por citar un ejemplo especialmente relevante en el ámbito de las relaciones de trabajo, cuando afectar de manera intensa la intimidad del trabajador constituye el único medio capaz de permitir la adecuada supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por este a través del contrato de trabajo, y por tanto la única manera de hacer posible que este último sea operativo. En este caso, y en los de semejante naturaleza que puedan presentarse, es preciso tener en cuenta para ofrecer una respuesta adecuada a la naturaleza del conflicto que no solo se encuentra en juego el ejercicio por parte del empleador de la libertad de empresa, sino también la efectividad del principio la autonomía de la voluntad, que actúa como fundamento y eje articulador de las relaciones entre privados protegidas por la norma constitucional. Una situación que es capaz de operar como un elemento reforzador de la importancia de la pretensión de limitación del derecho fundamental a la intimidad, capaz de inclinar sin dificultad la balanza a favor del control.

Una situación similar puede producirse también cuando el ejercicio de prerrogativas empresariales especialmente incisivas o intrusivas venga avalado por la protección de algún otro bien o valor constitucional especialmente relevante. Una buena muestra de ello estaría representada por la imposición a los trabajadores de tests de alcoholemia o de consumo de drogas por motivos vinculados con la protección de la seguridad o la salud de terceros[32].

(32) Este tipo de situaciones se identifican con la aplicación de lo que R. Alexy denomina la "fórmula extendida del peso". Véase, en este sentido, ALEXY, R. "La fórmula del peso". En: M. Carbo-

c) Un segundo criterio: el distinto grado de afectación de cada derecho fundamental

En otros casos, menos extremos, la justificación de la puesta entre paréntesis de los derechos de la persona del trabajador puede estar vinculada, no con el superior peso que en abstracto quepa atribuir al interés que está detrás de su pretendida limitación, sino con el distinto grado de afectación que experimentaría cada uno de los derechos fundamentales en caso de verse limitado o no poder ser ejercido.

No debemos perder de vista que satisface más la expectativa de optimización de la aplicación de la Constitución un sacrificio pequeño o moderado de un derecho fundamental "importante", si a través de él se evita un daño grave o muy grave a otro derecho fundamental menos relevante. Por ejemplo, alterar la imagen personal del trabajador puede estar justificado cuando el cambio que se introduzca sea uno puramente temporal y poco importante (uso de uniforme en horas de trabajo), que responda sin embargo a necesidades muy relevantes del empleador (identificación por los pasajeros del personal de vuelo de una compañía aérea). Carecerá de justificación, en cambio, cuando imponga al mismo una modificación permanente y relevante (prohibición del uso de barba), en atención a consideraciones de menor peso ("mejorar la apariencia" del personal de un establecimiento comercial)[33].

La que se acaba de destacar es una valoración de carácter empírico que debe ser realizada tanto respecto de la pretensión del sujeto afectante como del afectado, teniendo en cuenta en ambos casos la probabilidad, el alcance y la intensidad del sacrificio que cada uno de los sujetos experimentaría de forma respectiva en el disfrute de sus derechos de no poder llevar a cabo su ejercicio o de tener que soportar la restricción que en ellos introduce este[34].

Es importante observar, en cualquier caso, que este tipo de valoración de orden cuantitativo puede y debe ser realizada no solamente cuando nos encontremos ante el ejercicio de prerrogativas empresariales que limiten derechos fundamentales de los trabajadores, sino en el

nell y GRÁNDEZ CASTRO, P. (Coordinadores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 35-36, especialmente.

(33) En general sobre el tema, con un planteamiento analítico como el expuesto, GONZÁLEZ BIEDMA, E. "La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema". En: AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, 2006, pp. 673-694.

(34) Véase, con amplitud, BERNAL PULIDO, C. Ob. cit., p. 773 y ss.

supuesto contrario. Es decir, cuando lo que se someta a valoración sea más bien la expectativa de ejercicio de un derecho fundamental por los trabajadores capaz de restringir la esfera de decisión empresarial. Así, la ya mencionada exigencia del trabajador de adaptación de la jornada laboral al ejercicio de sus deberes religiosos no procederá, como es evidente, si ocasiona un grave quebranto a la organización empresarial. Pero sí, en cambio, cada vez que pueda ser satisfecha sin un sacrificio especialmente grave del empleador.

VI. UNOS MATIZADOS, PERO FINALMENTE POSITIVOS, RESULTADOS

Como se habrá podido apreciar, las respuestas a las que es posible llegar en aplicación del esquema de razonamiento que ha sido sintetizado en las páginas precedentes se encuentran bastante alejadas de la primacía que terminan por atribuir al interés empresarial las versiones del principio de proporcionalidad más difundas entre la doctrina laboralista, ya que postulan la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores solo en casos excepcionales, en los que resulte claro que se les ocasiona un daño inferior al que sufriría el empleador en caso contrario o se encuentra en juego la operatividad del contrato de trabajo o la tutela de algún otro bien o derecho igualmente garantizado por la Constitución. Es más, incluso promueve la acomodación del marco contractual al ejercicio por los trabajadores de esos derechos, cuando no se deriven de esta perjuicios extraordinarios para el empleador. Sin embargo, a la vez, impide que la libertad de empresa se vea sacrificada cada vez que se exija de ella un sacrificio desproporcionado. Y hace posible que se le atribuya incluso prioridad, no con carácter general naturalmente, pero sí siempre que su garantía demande una restricción menor del derecho fundamental del trabajador.

Naturalmente, estos matizados resultados se encuentran lejos del mito de la vigencia absoluta de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo y de la construcción de la idílica "ciudadanía de empresa", por completo impermeable a los requerimientos empresariales. Pero cerca, en cambio, de los márgenes posibles para su aplicación en el marco de sociedades democráticas complejas, caracterizadas por la coexistencia de intereses y valores distintos en permanente tensión, como son aquellas en las que nos ha tocado vivir.

No se me oculta, por lo demás, la especial dificultad que supone para el intérprete la aplicación del principio o test de proporcionalidad tantas veces mencionado, aún con las observaciones realizadas. La ponderación es por

su propia naturaleza una operación compleja y potencialmente polémica, en la medida en que, como apunta Prieto Sanchís, se efectúa en su parte esencial "sin red normativa", a partir de valoraciones respecto de las cuales no tiene por qué producirse necesariamente un acuerdo intersubjetivo. (35) A despecho de estas dificultades, me parece evidente que la fortaleza del mismo radica en que nos provee de un método de razonamiento para la solución de una cuestión ineludible, desprovista además hasta ahora de criterios claros de solución, superando de tal modo el "déficit argumentativo" en el que la misma se encontraba sumida(36). Por lo demás, como es fácil de advertir, detrás de cada uno de los sucesivos pasos del test de proporcionalidad se sitúan garantías que, sin alimentar una expansión incontrolada de los mismos, favorecen una mayor vigencia y respeto de los derechos fundamentales de la persona en general en la vida social, y por tanto también de los de tal naturaleza que corresponden al trabajador.

No creo, finalmente, que los laboralistas nos encontremos peor preparados que los juristas de otros campos del Derecho para llevar a cabo esta tarea. Al fin y al cabo, como se ha apuntado, la misión del Derecho del Trabajo a lo largo de su historia –y, por tanto, también la de los juristas del trabajo– no ha sido otra que, precisamente, la de llevar a cabo "una adecuada ponderación entre la mera racionalidad económica y la racionalidad social"(37).

(35) PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 204.

(36) Como apunta UGARTE CATALDO, J. L. "Privacidad, trabajo …". Ob. cit., p. 205.

(37) Dicho con palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "Derecho del Trabajo y racionalidad". En: *Relaciones Laborales,* 2006, núm. 5, p. 63.

DERECHOS LABORALES EN GENERAL

ÉTICA EN LAS RELACIONES LABORALES

MARIO PASCO COSMÓPOLIS[1]

INTRODUCCIÓN

El mundo de la ética y el del derecho no se excluyen; antes bien, se complementan. Las normas jurídicas, a más de tener por esencia un sustrato ético, pueden convertir los principios éticos en obligaciones exigibles, y es común y frecuente que lo hagan, como observaremos más adelante en lo referido a las relaciones laborales.

La relación de trabajo –entre una persona que rinde los servicios y otra que los recibe y aprovecha– está basada y a su vez genera un vínculo desigual, en tanto que proporciona a una de esas partes –el empleador– una plétora de facultades o atributos que configuran el poder de dirección, al tiempo que cargan a la otra –el trabajador– con un conjunto de deberes.

Esta relación desigual es la fuerza motriz del Derecho del Trabajo, cuyo principio medular es el principio de protección o tuitivo, destinado a compensar esa desigualdad creando otra de signo inverso: al trabajador se le conceden derechos y al empleador se le señalan límites o cargas.

El Derecho del Trabajo tiene por objeto, según la iluminada expresión del maestro uruguayo De Ferrari, poner fin al absolutismo patronal.

(1) Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

Esa asimetría se traslada al terreno ético: las exigencias éticas son más agudas respecto del empleador que respecto del trabajador. Esto no quiere decir que al trabajador se lo exonere de sus obligaciones eticas o que estas tengan un carácter relativo, subsidiario, marginal, sino solo que las del empleador son de mayor entidad.

Ahora bien, cuando se predica de los deberes éticos, el énfasis suele ser puesto en el trabajador. Sin embargo, como dice Ermida[2], los deberes de fidelidad y lealtad no pueden ser sino recíprocos, "por tanto es indispensable formular la existencia de un deber de cooperación o fidelidad del empleador frente al trabajador. ¿En qué consistiría una base mínima de ese deber de lealtad del empleador? Consistiría por lo menos en dar ocupación; en que se trate de una ocupación efectiva y apropiada a las calificaciones y demás particularidades del trabajador; incluir asimismo, la obligación de procurar o facilitar la adaptación del puesto de trabajo al trabajador y no viceversa, y la obligación de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones típicas, tales como las de pago del salario, información y entrega de certificados".

I. EL CONTENIDO ÉTICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. La visión clásica

El contrato de trabajo no es solo de tracto sucesivo, sino que, a diferencia de la mayoría de contratos, coloca a las partes en una situación de permanente contacto interpersonal.

Como dice Montoya Melgar[3], *"Peculiaridad indudable del contrato de trabajo es el fuerte grado de implicación personal que en él tiene el trabajador (y con frecuencia también el empresario, sobre todo respecto de las pequeñas empresas), así como el carácter duradero –ciertamente, más o menos largo según los casos– de la relación jurídica laboral"*. Y destaca la *"especial relevancia de la buena fe en el contrato (que) tiene su principal razón de ser en el hecho de que, junto a la innegable sustancia patrimonial del contrato (cambio de trabajo por salario, dicho en breve), poseen una alta significación los factores personales, especialmente el trabajador, por definición persona física"*.

(2) ERMIDA URIARTE, Óscar: *Ética y Derecho del Trabajo*. Universidad Pompeu Fabre, IUS Labor, Barcelona, p. 11.

(3) MONTOYA MELGAR, Alfredo: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, p. 19.

Por eso, incluso desde su visión más tradicional, siempre se resaltó que las obligaciones que recíprocamente adquieren trabajador y empleador no se agotan dentro del ámbito formal del contrato de trabajo, sino que lo trascienden y sobrepasan. Los compromisos éticos no se confinan dentro de las paredes del taller, la fábrica o la oficina, sino que abarcan todos los espacios en que pueden confluir las partes, y tampoco se sujetan a las 8 horas de la jornada, sino que abarcan las 24 horas del día, los 365 días del año.

Los deberes de respeto, consideración, honestidad, lealtad, son ilimitados en el tiempo y en el espacio.

Un trabajador no puede competir deslealmente con su empleador solo mientras está cumpliendo su horario, sino que no puede hacerlo nunca, en ninguna circunstancia.

El empleador no puede ser deshonesto con un subordinado suyo solo en el centro de trabajo, sino que no puede serlo nunca, en ninguna circunstancia, en ningún lugar.

Estos deberes, que configuran el contenido ético del contrato de trabajo, son recíprocos: del trabajador hacia el empleador y del empleador hacia cada uno de sus trabajadores. Recíprocos pero no necesariamente simétricos para algunos autores que sostienen que *"los deberes de buena fe a cargo de los trabajadores deben aligerarse, al tiempo que los de los empresarios debe reforzarse (…), al tiempo que se va abriendo paso la idea de que el grado de buena fe exigido al trabajador debe disminuir en concordancia con la mayor precariedad de las condiciones de trabajo"*(4).

> *"Sobre la base de la antigua idea que correlaciona deber de fidelidad del trabajador y deber de protección del empresario, se concluye, de una manera que se nos antoja excesivamente mecánica, que a la menor protección empresarial de hoy –centrada en la mayor precariedad actual y menor estabilidad de los contratos de trabajo– debe corresponder una menor exigencia de buena fe al trabajador. Sin embargo, la noción de buena fe no es susceptible de graduación cuantitativa: se actúa o no se actúa de buena fe; y el hecho de que los nuevos rumbos del Derecho del Trabajo actúen en muchos casos atenuando la fuerte protección legal (más que directamente empresarial) no puede ser interpretado ni como indicativo de una reducción del clásico deber de protección del empresario –incrementando, por cierto, de modo impresionante en materias como la prevención de riesgos laborales– así como justifica-*

(4) Ibídem, p. 44.

tivo del descenso en el nivel de la buena fe exigible en todo caso a los trabajadores"[5].

La existencia de estos deberes éticos, en apariencia periféricos, no excluye y más bien envuelve otros en la formación, ejecución y terminación del contrato, dentro de la esfera de las relaciones individuales. Como señala Ermida, con relación al reclutamiento y selección de personal:

> *"(…) en el contrato o relación de trabajo existe una responsabilidad precontractual. La misma es clara en materia de selección de personal, donde rige por ejemplo, el principio de no discriminación, y donde inclusive pueden aparecer obligaciones relacionadas con la formación profesional. Más aún, la doctrina ha discutido la existencia o no, de parte del trabajador de un 'derecho a mentir', del aspirante en ocasión de las entrevistas de selección"*[6].

En la etapa de selección de personal, el empleador debe respetar el principio de no discriminación, pero ¿puede el trabajador, como insinúa Ermida, soslayar la verdad o incluso mentir para lograr el empleo? La respuesta espontánea es negativa; un sector de la doctrina, empero, lo considera válido[7].

La contratación a término debe estar sujeta a condicionantes causales: el empleador no debe poder contratar a plazo fijo para el desempeño de tareas que por su naturaleza son permanentes. Un contrato debe durar tanto como la causa que le dio origen; si esta no es transitoria, el contrato no tiene por qué serlo.

Durante la ejecución del contrato, el valor dominante debe ser la buena fe, espacio que ampliaremos más adelante.

Y además, *"Hay varias otras obligaciones o faltas del empleador que reconocen un sustrato ético vinculado con la obligación de buena fe en el contrato. Así por ejemplo, la proscripción del acoso u hostigamiento moral en el trabajo* ('mobbing') *y del acoso sexual como violaciones de la buena fe contractual"*[8].

En la terminación del contrato, las doctrinas que preconizan la estabilidad laboral consideran que el empleador carece de un "derecho a despedir", y que solo está legitimado para hacerlo cuando existe una causa justificada. Ermida encuentra que en el despido sin expresión de causa o *ad nutum*,

(5) Cfr. Ibídem, p. 44.
(6) ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 10
(7) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit., p. 65.
(8) Ibídem, p. 11.

"el solo concepto de despido abusivo o arbitrario denuncia su base ética en su denominación"(9).

En el campo de las relaciones colectivas, "La proscripción de las prácticas desleales y de los actos de injerencia, tanto como la de los actos antisindicales, denotan desde su propia formulación verbal el sustrato ético que las fundamenta"(10).

Las prácticas desleales van desde el despido de dirigentes y afiliados, allí donde la legislación no provee de protección a través de un fuero sindical, hasta la discriminación y el hostigamiento, como también de la obstrucción al ejercicio de las tareas sindicales.

En lo que atañe a la contratación colectiva, "La obligación de negociar, uno de los requisitos fundamentales para la existencia de una negociación bilateral y libre, responde claramente a una preocupación ética que se pone más en evidencia cuando este instituto se denomina obligación de negociar de buena fe"(11).

Es quizás en la huelga, de por sí un instituto que personifica el conflicto, donde más coliden los deberes éticos recíprocos.

El sustento ético de la huelga, como derecho de los trabajadores que tiene por objeto causar un daño, vale decir, utilizar de manera legítima la violencia compulsiva para obtener un resultado, estriba en el hecho de que el trabajador sufre a su vez un daño, que consiste en la pérdida del salario.

Por tanto, a nuestro ver, esa legitimidad se diluye o desaparece cuando los trabajadores pretenden causar el daño sin sufrir las consecuencias, lo que sucede en muchas de las manifestaciones llamadas atípicas o desleales como la huelga de brazos caídos o la huelga de reglamento. El ejercicio irregular del derecho implica abuso del mismo, y ya sabemos, por ser principio universal, que la ley no ampara el abuso del derecho.

En la otra mano, si la huelga es un derecho de los trabajadores, si es ejercido de buena fe impone en el empleador la obligación de respetarla, lo que impide la contratación de personal foráneo para reemplazar a quienes dejan de laborar por encontrarse de huelga.

(9) Ibídem, p. 12.
(10) ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 13.
(11) Ibídem, p. 13

2. La buena fe y la erradicación de prácticas desleales

La esfera ética se condensa, si se quiere, en el principio de buena fe, que como dice Borga[12], "es un principio fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad de él y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas"[13]. Es, pues, un "principio general, informante de la totalidad de la regulación con características de postulado moral y jurídico".

Américo Plá Rodríguez, sin duda el doctrinario que con mayor autoridad desarrolla los principios del derecho del trabajo, en la obra homónima, lo define como *"la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Desde el punto de vista jurídico, se analiza la conducta del sujeto para comprobar si la actitud asumida e invocada coinciden con las valoraciones vigentes en la comunidad"*[14].

En tanto principio general informante de todo el ordenamiento *"actúa, cada vez con mayor nitidez, como un instrumento de definición del cómo de la obligación y del marco en que la misma se inserta, con indudables consecuencias en la fase de ejecución del contrato. Desde tal punto de vista, la buena fe puede actuar como un criterio para conseguir la plena conexión de la regulación contractual, en su efectividad, a la operación definida por las partes, y como un criterio que garantiza la coherencia entre la operación privada y las finalidades generales que persiguen el ordenamiento"*[15].

"A través de ese principio general –dice Montoya Melgar[16]– se impone un modelo o arquetipo de conducta social, basado en la rectitud y honradez. Con ello se atiende a la unidad del orden moral, integrado tanto por normas morales como jurídicas".

Y agrega, más adelante:

> *"La especial relevancia de la buena fe en el contrato de trabajo tiene su principal razón de ser en el hecho de que, junto a la innegable sustancia patrimonial del contrato (cambio de trabajo por salario, dicho*

(12) ALSINA ATIENZA. *Efectos jurídicos de la buena fe*. Buenos Aires, 1935, p. 4.

(13) BORGA, Ernesto, citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. DePalma Editores, Buenos Aires, 1978, p. 306.

(14) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., pp. 310-311.

(15) Ibídem, p. 203.

(16) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit. , p. 10

en breve), poseen una alta significación los factores personales, especialmente el trabajador, por definición persona física. Sin perjuicio de que, como se ha escrito, la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona, se viene poniendo de relieve desde hace mucho tiempo la decisiva opción que el Derecho del Trabajo ejerció desde su nacimiento a favor, no del modelo de arrendamiento de servicios, sino de las relaciones entre los comerciantes y sus auxiliares, impregnadas desde antiguo de una mayor dimensión humana, de un superior contenido ético, vinculados a aquella ética del mercado de que habló Max Weber"(17).

Hasta aquí, discurrimos dentro de los moldes tradicionales, los cuales se han visto trastornados en los tiempos recientes ante el choque producido por la llamada globalización.

II. EN TIEMPOS DE GLOBALIZACIÓN Y NEOLIBERALISMO

Con la globalización, las economías nacionales se integran de forma progresiva a la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los gobiernos nacionales, o sea una creciente internacionalización e interdependencia de las economías dentro de un único y gigantesco mercado comercial, financiero y bursátil.

El proceso está soportado en algunos pocos, pero muy importantes, elementos materiales que se refieren a la infraestructura –informática, transporte, comunicaciones, etc.– o sea el *hardware*; y otros inmateriales que vendrían a ser su *software*: un conjunto de conceptos centrales, en torno a lo que se ha venido a llamar la ideología neoliberal, cuya concreción formal se dio a través del Consenso de Washington, un conjunto de medidas y fenómenos económicos, precisamente derivados de ese Consenso: apertura indiscriminada de los mercados, caída de las barreras arancelarias, creciente y cada vez más profunda división internacional del trabajo, mayor sofisticación del trabajo, que se desplaza de la industria a los servicios, y la minimización del Estado, de sus roles, de sus competencias y responsabilidades.

(17) PLÁ RODRÍGUEZ, Americo. Ob. cit., p. 19.

Hay un dios supremo: el mercado. Y un paradigma: la competitividad.

El mercado, imaginado como perfecto y omnipotente, es el gran asignador de los recursos, y en tanto que perfecto no puede ser objeto de interferencias que puedan desviarlo en su función providencial. El Estado solo debe velar e intervenir en aquellas situaciones límite en que el mercado pueda sufrir algún tipo de distorsión, la que en esencia solo puede provenir de factores que afecten la libre competencia.

Alienta, pues, la competitividad basada en el individualismo y no en los intereses colectivos.

La reducción o reconducción de todos los procesos y todas las relaciones a la esfera de lo económico reconoce en el trabajo solo un insumo de la producción, de allí la expresión "recursos humanos". A su vez, la estimulación del individualismo implica un rechazo a la solidaridad.

Óscar Ermida Uriarte, reconocido gran maestro del laboralismo y crítico acérrimo del nuevo sistema, prematuramente desaparecido, dice:

> *"Como se sabe, el modelo neoliberal supone la individualización de las relaciones laborales, la no intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo, la intervención restrictiva del Estado en materia de relaciones colectivas de trabajo y la negación de la solidaridad, por la anulación o dispersión de lo colectivo, por la ausencia del Estado y por la privatización de la protección social"*(18).

Y agrega:

> *"(…) la política general de priorizar, en primer lugar, el pago de la deuda externa, en segundo lugar el de los demás compromisos de Estado, y en tercer lugar, con excedente, si lo hay, atender el pago de los salarios y las pensiones, es una opción que aun cuando estuviera impuesta por la realidad económica, carece de todo fundamento ético. ¿Qué sucedería si el trabajador actuara en consecuencia con esos criterios y fuera a trabajar solamente cuando le sobrara el tiempo, después de atender todas las demás actividades propias de su interés?"*(19).

(18) ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit., p. 3.

(19) Ídem.

1. Impacto de la Globalización en el mundo del trabajo

No quizás como consecuencia, sino más bien como asiduos acompañantes de la globalización y casi un requisito para esta, se presentan, dentro de las economías nacionales, profundos cambios en la forma de producir y hasta entender el trabajo, lo cual se refleja en una serie de aspectos.

- **En la forma de la producción**

  El modelo fordista-taylorista, cimiento de la revolución industrial, viene a ser sustituido por el modelo calificado como "toyotista" de trabajo en grupos y *just in time,* que se caracteriza por dos innovaciones: una innovación tecnológica, que es la comunicación a través de computadoras entre la firma madre y los oferentes; y otra organizacional, llamada producción a justo a tiempo, que significa que los subcontratistas entregan sus productos minutos antes de ser necesitados, reduciendo los costos de los inventarios.

- **La descentralización productiva**

  La desintegración de las empresas y la subsecuente satelización se traduce en el progresivo desmantelamiento de los grandes conglomerados productivos y la distribución de parcelas de la producción en múltiples empresas satélites, en lo que se suele llamar *outsourcing* o tercerización. La empresa mastodóntica, constituida por gigantescos establecimientos fabriles que ocupan a millares de trabajadores, es reemplazada por unidades descentralizadas, altamente especializadas, de menor dimensión y con una plantilla laboral reducida.

- **Sofisticación técnica**

  Los nuevos contratos laborales, dentro de una sociedad que se apoya cada vez más en la tecnología, exigen de los trabajadores un alto grado de preparación profesional, sin garantizarles empero una ocupación de por vida. Antes bien, lo que se impone es la polivalencia técnica, requisito de la hoy denominada *empleabilidad*. Al trabajador se le inculca la convicción de que debe labrarse su propio futuro, no a través del enganche perpetuo con una sola gran empresa, dentro de la cual hacer carrera, sino con la rotación continua en diversos puestos de trabajo que exigen habilidades y conocimientos diversos.

  Las nuevas tecnologías amortizan puestos de trabajo de escasa calificación, para sustituirlos por otros de alta exigencia técnica. Desafortunadamente, los puestos que se crean son inferiores en número a los que

desaparecen, lo que es alimento constante del desempleo, una de las lacras colaterales del proceso.

- **Auge de la intermediación laboral**

  Las exigencias, muchas veces insoslayables, de flexibilidad para la contratación es satisfecha mediante el recurso de utilizar empresas proveedoras de mano de obra. La intermediación laboral, que antaño solo existía para la provisión de plazas temporales para cubrir necesidades coyunturales o tareas ajenas al ciclo central de la producción, ahora se amplía para abarcar incluso puestos de trabajo que corresponden a la actividad principal.

- **Precarización de la contratación**

  Los contratos temporales, que otrora se utilizaban también solo para cubrir necesidades transitorias, se han convertido en muchos países en mecanismos permanentes de reclutamiento y rotación de personal. Recogidos en las legislaciones como un método válido de fomento del empleo, las estadísticas demuestran que no cubren tal finalidad y repercuten, más bien, en la precarización de la contratación, con la correlativa disminución de las condiciones de trabajo.

  Cambios tan profundos e importantes han motivado reflexiones profundas, en lo que atañe a la vigencia de la ética en todos estos procesos.

2. El *economicismo* en las relaciones laborales

En el enfrentamiento perpetuo y al parecer insoluble entre lo económico y lo social, entre el individualismo y la solidaridad, entre el pragmatismo y la ética, se ha producido una infiltración silenciosa pero profunda de los conceptos y de los términos de la economía en las cuestiones sociales.

Nos ha sido impuesta y hemos asimilado pasivamente la utilización de palabras que son nugatorias de valores inalienables. Veamos algunas:

- **Mercado de trabajo**

  Mercado es, conforme a su definición etimológica, el sitio en el que se intercambian mercancías. Mercancía es, a su vez, la cosa mueble que se hace objeto de venta o trueque.

  Mercado de trabajo vendría a ser, entonces, el sitio en el que se intercambia trabajo, o sea, dentro de la ley de la oferta y la demanda, aquel en el que ambas se encuentran: la oferta de trabajo y la demanda de empleo.

Pero ¿cómo? ¿No es que el trabajo no es una mercancía?

La Declaración de Filadelfia de 1944, que es la actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo, en su Declaración liminar reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y como principio capital el que el trabajo no es una mercancía.

El mercado de trabajo resulta ser, entonces…un mercado sin mercancía.

- **Recursos humanos**

  Mario Ackerman publicó en 1995 un célebre ensayo bajo la rúbrica de: "*Si son humanos, no son recursos.* Pensando en las personas que trabajan"[20]. La frase puede ser invertida y no pierde sino que reafirma su valor: si son recursos, no son humanos.

  Glosamos algunas de sus importantes y lúcidas reflexiones:

  "(…) el **sustantivo** recursos, que como tal define lo *importante, fundamental o esencial* (Real Academia…t. II, pág. 1925), refiere (…) un *uso, costo o aprovechamiento* en *abstracto*, esto es, *sin individualizar, sin personalizar*. Lo humano aparece bajo la forma de un **adjetivo,** que denota *lo accidental, secundario o no esencial* (ídem, t. I, pág. 43). (*Recurso* es, así, lo *consistente*. *Humano* lo *contingente*. El reproche es obvio. El *trabajador* es un *sujeto*. El *recurso* es un *instrumento*. La distancia entre *trabajadores* y *recursos humanos* es la que va de una sociedad *preocupada por las personas* a una *interesada por las cosas*. FROMM diría que es la diferencia entre la cultura del *tener* y la del *ser*".

  "(…) considerar a los *trabajadores* como *recursos* es empobrecer dramáticamente la relación laboral. Es quitarle lo más importante que puede surgir de esa vinculación personal que es, precisamente, la riqueza imprevisible e inconmensurable que puede generar la condición humana".

  "Pensados como *recursos* se compara a los *trabajadores* con sus homólogos. Pero, en la comparación, rápidamente se advierte que, a diferencia de los restantes, los *humanos* son *recursos* más *onerosos*, porque se rompen fácilmente, hay que pagar por esa rotura, no tiene repuestos, tienen protección de las leyes, se asocian, piensan por su cuenta más allá de las necesidades del usuario.

(20) Fue luego publicado por Editorial Astrea como libro: Buenos Aires, 1996, 128 páginas.

> No se advierte, empero, que, a medida que se aproximan a los demás recursos, los trabajadores comienzan a perder su cualidad diferenciadora, la *condición humana*.
>
> Porque, debido a esta peculiar nota de la humanidad, quien, en el trato con las personas, prioriza el uso sobre la relación humana, se deshumaniza él mismo. Degrada su condición humana. Pierde la oportunidad de la hominización".

Y con relación al término en sí proclama, citando a Posse, que la utilización de estos términos es algo más que una involución ética:

> "(…) temo que el uso cada vez más frecuente y generalizado de la expresión *recursos humanos* no sea sino otro síntoma de una cultura todos los días un poco más mercantilizada, en la que la *cosificación* se produce *no solo por el materialismo de una 'sociedad de cosas' sino porque esa sociedad termina cosificando a su protagonista, el que debería haber sido su beneficiario"* (POSSE, A., *La última revelación de Emile Cioran*, La Nación, 2/7/95, sec. 7, pág. 6).

Nada que agregar a la brillante meditación de Ackerman, salvo tal vez, con sus propias palabras, la crítica al uso de estos y otros términos inadecuados por las propias legislaciones que tal vez "son respuestas adecuadas para los *recursos humanos*. Seguramente no lo son para las *personas* que *trabajan*".

- **Capital humano**

  La natural derivación de los recursos humanos es su "capitalización": los recursos materiales son capitalizables; ¿por qué no, entonces, capitalizar también los "recursos humanos"?

  El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) trae, entre otras acepciones de capital, "hacienda, caudal, patrimonio" y, desde el punto de vista de la economía, "factor de producción constituido por inmuebles, maquinarias o instalaciones de cualquier género, que, en colaboración con otros factores, principalmente el trabajo, se destina a la producción de bienes".

  El DRAE no recoge, sin embargo, "capital humano", como hacen otros diccionarios, que, sin adoptar una posición axiológica, simplemente registran lo que el habla corriente, e incluso el habla culta, utiliza. ¡Y vaya si la expresión ha tenido fortuna! Se la usa con extrema frecuencia, sin reparar en que consiste en un contrasentido.

En la relación de trabajo, el trabajador no se desprende de un bien para proporcionárselo a otro, sino que aporta su propia persona y, como dice Ackerman, glosando a Supiot, sacrifica parte de su libertad.

Los seres humanos no son capitalizables; ni siquiera el trabajo lo es. Capitalizables podrán ser sus frutos, pero el trabajo es inescindible de quien lo realiza, y cómo tal ni es capitalizable ni es capital.

Y si lo fuera, sería del trabajador, no del patrono.

3. La crisis mundial y su secuela en el estado de bienestar

Así como el neoliberalismo, expresado emblemáticamente en la globalización, produjo un fuerte shock en las relaciones sociales en general, y en las laborales de modo específico, la crisis que hoy vive de modo dramático el mundo más desarrollado ha exacerbado los efectos antes reseñados, llevándolos al paroxismo.

Asistimos al virtual desmontaje del llamado *estado de bienestar,* que era sin duda el gran soporte social –y el gran componente ético– de la Europa de la segunda mitad del siglo XX, y que hoy advierte con horror cómo se van desmontando algunas de las "conquistas" de los años gloriosos.

En Grecia, en Portugal, en España, en Italia, en la propia Francia que es de las economías que mejor han resistido hasta ahora, se reducen remuneraciones y pensiones, se incrementan las exigencias y requisitos para alcanzar una jubilación o, lo que es más cercano a la crisis misma, un subsidio por paro o desempleo, se facilita la contratación precaria y se simplifica el despido o sus consecuencias.

Esto abre una inmensa interrogante precisamente en el campo ético. ¿Son los trabajadores los responsables de la gigantesca crisis? ¿Están sufriendo los verdaderos responsables las consecuencias?

Dentro del ominoso campo abierto por la crisis, refulge sin embargo una poderosa corriente, que tiene importante reflejo en el mundo laboral: la primacía de los derechos humanos.

III. LOS MODERNOS RUMBOS: LA ENTRONIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES

En su moderna concepción, los derechos fundamentales suelen ser identificados con los derechos humanos. En realidad, se trata de derechos humanos

fundamentales, algunos de los cuales, en lo que más nos concierne, corresponden a la esfera de lo laboral y social.

La incorporación de los derechos sociales dentro del catálogo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales corresponde históricamente a la aparición del denominado *Estado social*, cuyos rasgos definitorios, como evolución y por comparación con el Estado liberal, son descritos por García Pelayo(21):

> *"(...) mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado Social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; [...] mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional"*.

Los derechos sociales son bautizados por algunos como *derechos humanos de segunda generación*, dada su aparición en un segundo momento histórico, y "no estar referidos a la tutela de la esfera de libertad del individuo, sino al logro de la igualdad real o material y de la justicia social"(22).

Dentro de los derechos sociales, a su vez, se encuadran los derechos propiamente laborales. Entre los derechos laborales y los derechos fundamentales hay una relación semejante a la de dos círculos secantes, que al intersectarse generan un espacio en común, pero mantienen también áreas que no se superponen. Así, hay derechos fundamentales que no son laborales y derechos laborales que no son fundamentales; existen también, obviamente, derechos fundamentales que son laborales o sea derechos laborales que son también derechos humanos fundamentales.

Como señala Plá Rodríguez(23), "Lo importante es que esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un

(21) Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo". En: *Revista Derecho Nº 36*, Lima, diciembre 1982. p. 11

(22) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Estado social, Constitución y derechos fundamentales". En: *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*. ADEC-ATC, Lima, 1994, p. 27.

(23) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "Los derechos humanos y el derecho del trabajo". En: *Debate Laboral* Nº 6, 1990, p. 15.

avance considerable en la evolución de los conceptos. Supuso que en la conciencia de la gente no solo se le debe garantizar su libertad y su seguridad individual, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar".

> *"En ese marco* –dice Barbagelata[24]–, *la doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado también a aceptar la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal* ***bloque de constitucionalidad de los derechos humanos*** *representa la superación de la antigua disputa entre monismo y dualismo y ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un* ***derecho de los derechos humanos****, supralegal y supraconstitucional, que (...) no es ya meramente interno o internacional, sino universal".*

Encarnan el moderno *jus cogens*, normas de orden público internacional que representan "el corazón del sistema jurídico de los derechos humanos", y cuyas notas características, según Ermida Uriarte[25], son que: a) Obligan a todos los estados, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional; b) tienen efecto *erga omnes*, en cuanto no se dirigen solo a los Gobiernos, sino también a los individuos; c) pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado, aun al margen de todo vínculo convencional o ratificación; d) son universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión; e) poseen multiplicidad de fuentes.

Campo en proceso de definición es la identificación de esos derechos, ya que "no existe acuerdo en la doctrina laboralista sobre los derechos laborales que deben ser considerados como derechos fundamentales"[26]. Empero, la OIT ha dado un importante paso adelante a este respecto.

(24) BARBAGELATA, Héctor Hugo. "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales". En: *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. AIDTSS, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 365.

(25) Citado por Ibídem, p. 375.

(26) CARRILLO CALLE, Martín. "Los derechos laborales fundamentales: Normas Mínimas Internacionales". En: *Constitución, trabajo y seguridad social*. ADEC-ATC, Lima, 1994, p. 42.

1. Las normas internacionales, en especial de la OIT: el núcleo duro de los derechos laborales[27]

La *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo,* adoptada por la Conferencia de OIT en 1998, constituye un hito histórico e implica una ruptura formal con los criterios que siempre han gobernado la adopción de los convenios internacionales de trabajo. Los derechos fundamentales recogidos por la *Declaración* y los convenios en los que se solventan son libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111) y erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138).

La consagración de los derechos fundamentales proviene de instrumentos internacionales, en especial las Declaraciones y Convenios relativos a derechos humanos, pero su más directa plasmación se da en los ordenamientos nacionales y por cierto, de modo preponderante, en las Constituciones políticas de los Estados, que a veces los enlistan meticulosamente o a veces aluden a ellos de manera genérica, pero siempre les reconocen suprema jerarquía.

Pero la *Declaración* atribuye a los derechos antes enunciados, plasmados en los mencionados siete convenios, una naturaleza anterior y superior a toda normativa, de tal envergadura que no sujetan su eficacia a su reconocimiento o adopción por cada Estado, a través del proceso ordinario de ratificación de convenios, sino que tienen fuerza vinculante por sí solos.

La propia *Declaración* lo establece de forma meridiana al señalar que: *"Todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios"*.

Con ello, esta histórica Declaración trasciende el orbe jurídico y se instala con autoridad en el universo ético. En efecto, ¿puede tener fuerza vinculante

(27) Miguel Canessa, en interesante ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Trujillo, octubre, 2004) con el título "Un 'núcleo duro' de derechos humanos laborales para el comercio internacional", recoge la polémica doctrinaria sobre la existencia de un núcleo duro de derechos humanos, que asumirían una jerarquía mayor que los otros derechos humanos, y la traslada al campo de los derechos laborales. Asimismo reseña los antecedentes que condujeron a la adopción de la Declaración de la OIT de 1998, indicando que el primer documento en que aparece el término "derechos humanos fundamentales" se remonta a 1961, pero adquiere carta de ciudadanía en la 52ª Conferencia de 1969, y plena autoridad en 1998.

un Convenio que no ha sido ratificado por un Estado? ¿Qué poder, si no es el ético, puede imponer a un Estado el sometimiento y respeto a "normas" que el propio Estado no ha dictado ni acogido?

Estamos, pues, frente a una de las manifestaciones más vigorosas de la importancia de la ética en las relaciones laborales, llevada al nivel de obligación y responsabilidad de los propios estados.

En los tratados de libre comercio, adoptados cada vez con mayor asiduidad por nuestros países, la Declaración de 1998 es el referente básico del componente laboral de dichos instrumentos, proyectando de ese modo el compromiso ético a una obligación concreta, bilateral o multilateral, en las relaciones económicas y comerciales entre estados.

2. El ámbito ampliado: Los derechos laborales inespecíficos

Los derechos fundamentales laborales han sido reconocidos desde una doble perspectiva: ya que, en cuanto a los trabajadores, es a estos a quienes corresponde la titularidad del derecho y debido a que el derecho se ejerce en una relación jurídica laboral.

La Constitución, como norma fundamental de un Estado de Derecho, es ley suprema y factor principal de la organización de todo el ordenamiento jurídico en tanto que presenta la interacción de las fuentes del derecho con las reglas básicas de articulación de las mismas, así como reconoce los derechos y deberes fundamentales de los individuos y de los grupos sociales.

> *"La Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso"*(28).

Los derechos y principios laborales reconocidos en la Constitución tienen "'su origen o razón de ser exclusiva o principalmente en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que es imposible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo se convierte así en presupuesto absoluto

(28) Fundamento Nº 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 13 de marzo de 2003, Exp. Nº 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos contra Telefónica del Perú.

de su perfeccionamiento y ejercicio'. Estamos ante 'derechos constitucionales específicamente laborales' (derechos específicos), de los cuales son titulares los trabajadores asalariados (…) en tanto son sujetos de una relación laboral"[29].

Pero existen otros derechos constitucionales de carácter general, y no específicamente laborales, que pueden ser ejercitados por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo cual en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una "impregnación laboral" de "derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (…) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos con carácter general, atribuidos a los individuos, que son ejercitados por ellos en una relación jurídica laboral que, al mismo tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en *verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen*. Son "*derechos del ciudadano trabajador*, a fin de cuentas, *que ejercita como trabajador ciudadano*"[30].

Los derechos constitucionales laborales inespecíficos son aquellos que Alonso Olea denominaba la versión laboral de *los derechos fundamentales y libertades públicas*, tratando de resaltar con ello la existencia de un "Derecho Constitucional del Trabajo"[31]. Para Valdés Dal-Ré, tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos forman el marco normativo de las relaciones de trabajo y son a su vez limitantes para el poder empresarial. "El poder empresarial que se apoya en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede llegar a convertirse en un peligro para el ejercicio de las libertades del trabajador, por ello la Constitución como norma fundamental y la legislación laboral van dirigidas especialmente a controlar dicho poder"[32].

Por eso las Constituciones traen ahora declaraciones como la peruana, según la cual: "*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23, segundo párrafo)*. "Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones

(29) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 31-32.

(30) CARRILLO CALLE, Martín. Apuntes de clase. 2004.

(31) ALONSO OLEA, Manuel. *Las Fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. 2ª edición. Civitas, Madrid, 1990.

(32) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ob. cit., p 281.

jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral"[33].

3. Los derechos laborales inespecíficos en concreto

No hay, por cierto, y difícilmente podría haber un catálogo de derechos inespecíficos.

Sagardoy[34], siguiendo a Palomeque, entiende que los derechos constitucionales inespecíficos son:

- El derecho a la *igualdad y no discriminación* (…) (arts. 14 y 35.1 CE), recibido en la legislación laboral por los artículos 4.2.c) y 17 ET.;

- La *libertad ideológica y religiosa*, por la que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su "ideología, religión o creencias"(art. 16.1 CE). Tampoco, ciertamente, los trabajadores a revelar su afiliación sindical "no puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 CE", STC 94/1998; lo que deja de ser un derecho "personal y exclusivo del trabajador", que están obligados a respetar, tanto el empresario como los propios órganos sindicales (SSTC 292/1993 y 94/1998).

- El *derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen* (art. 18.1 CE) y, en el ámbito de la relación laboral, derecho de los trabajadores "al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial, étnico, religioso, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 4.2 e) ET).

- La *libertad de expresión* o derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción" (art. 2.1 a) CE), recogida de modo expreso por la legislación laboral, tan solo como garantía de los representantes de los trabajadores en la empresa, que podrán "expresar,

(33) Fundamento Nº 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2002, Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel contra Telefónica del Perú S.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

(34) SAGARDOY BENGOECHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Thomson Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 2005, p. 14 y ss. Lo recogido entre paréntesis o entre comillas corresponde, como es natural, a la Constitución (CE) y legislación españolas.

colegiadamente, si se trata del comité, con libertad, sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación (art. 68 d) ET).

- La *libertad de información*, esto es, el derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (art. 20.1 d) CE).

- El *derecho de reunión* (art. 21 CE), proyectado al ámbito de las relaciones laborales por los artículos 4.1.f (los trabajadores tienen como derecho básico el de "reunión") y 77 a 80 (el derecho de los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo a "celebrar reuniones, previa notificación al empresario" en la empresa o centro de trabajo).

- El derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) recogido por el ordenamiento jurídico laboral en los artículos 4.2.g) (el derecho de los trabajadores al "ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo) y 65.1 (el ejercicio de acciones judiciales por órganos de representación de los trabajadores en la empresa) ET y en la LPL.

- El derecho a *no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE), o principio de legalidad (art. 9.3 CE), ejercitable también, naturalmente, por los distintos sujetos responsables de infracciones administrativas en el orden social, los empresarios, en particular (L 5/2000, *sobre infracciones y sanciones de orden social*).

- El derecho a la *educación* (art. 27.1 CE), aun cuando no pueda imponerse al empresario "la obligación de satisfacer de manera incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia", ya que, entenderlo así, "sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que solo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable a aquel del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental que solo a estos corresponde" (STC 129/1989).

Blancas Bustamante[35], sin apartarse demasiado de esta enumeración, agrega sin embargo dos importantes derechos: al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas y a la integridad moral y psíquica de la persona humana.

Acota al respecto, el propio Sagardoy, algo sumamente importante:

> "Conviene precisar que tal elenco de derechos, salvo el de reunión y el de educación, son igualmente predicables de la otra parte o sujeto del contrato de trabajo: el empleador. El análisis de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo sufre en la corta historia de su tratamiento doctrinal –las sentencias del TC han hecho a veces referencia al tema– de un sorprendente *unilateralismo* y metodología *agresiva*, puesto que solo se hace referencia a los derechos fundamentales del trabajador, no también, del empleador y con enfoque de agresión o violación de los derechos de los trabajadores por parte de los empleadores y no, con una mayor neutralidad, de violación también a la inversa. Es decir, se echa en falta un enfoque de *normalidad* o neutralidad, en cuanto a la dinámica de esos derechos fundamentales en la relación laboral. ¿O es que el empleador, como sujeto de un contrato de trabajo, no tiene derecho al honor?

IV. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL: UNA RESPUESTA DESDE EL MUNDO EMPRESARIAL

Como puntualiza Ermida, toda empresa busca, por hipótesis, tres grandes objetivos: proveer a la sociedad de bienes o servicios, generar puestos de trabajo (decente, añadiría quizás Juan Somavía), y generar lucro. Estos tres objetivos se desenvuelven en distintas esferas, que no son incompatibles ni autónomas, sino más bien debieran ser conjuntas y complementarias: lo social, lo laboral y lo económico[36].

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) es quizás la iniciativa más importante del sector empresarial de insuflar un contenido ético a su actividad

(35) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2007, p. 137.

(36) La separación, cuya finalidad es solo didáctica, podría provocar la falsa impresión de que se trata de esferas distintas y tangentes; son más bien complementarias y secantes.

económica, y que implica, a más del cumplimiento estricto de las obligaciones legales, la internalización voluntaria por la empresa de las preocupaciones sociales, laborales y ambientales dentro de sus estrategias, políticas y procedimientos, así como el respeto a los derechos humanos y el diálogo transparente con los grupos de interés, asumiendo las consecuencias y los impactos derivados de sus acciones.

Resistida por algunos, denostada por otros, que tratan de identificarla con las líneas más tradicionales del asistencialismo, la beneficencia y la filantropía, desconocen que es más bien el reconocimiento de que el entorno de responsabilidades de la empresa no se limita a sus trabajadores ni al mero cumplimiento de la legalidad, sino que involucra retos en el orden social, económico y ambiental.

La RSE se sustenta en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas[37], que es una iniciativa internacional de sostenibilidad empresarial, adoptada en 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), cuyo objetivo es conseguir un compromiso voluntario de las entidades en responsabilidad social a través de la adopción de Diez Principios, basados en derechos humanos, laborales, medioambientales y de lucha contra la corrupción.

De esos Diez Principios, los numerados Tercero (libertad de afiliación y negociación colectiva), Cuarto (eliminación del trabajo forzoso), Quinto (erradicación del trabajo infantil) y Sexto (abolición de la discriminación en el empleo) corresponden a los Derechos Humanos Fundamentales en el Trabajo, adoptados por la OIT en su Declaración de 1998.

La Guía ISO 26000[38], a su vez, permite a las empresas ser acreditadas como socialmente responsables, lo que implica insertar en toda organización y sus integrantes un modelo de conducta basado en principios éticos.

Más allá de suspicacias, la adopción sincera de un compromiso de RSE y de respeto a la Guía ISO 26000 es sin duda un paso positivo para propender a una conducta empresarial ética en diversos campos, pero en particular el de las relaciones laborales.

En esa línea, algunas empresas, en especial las grandes transnacionales, adoptan los llamados Códigos de Conducta Empresarial, que son obligaciones

(37) En: <http://www.pactomundial.org>.

(38) Organización Internacional para la Estandarización (IS0 en su sigla en inglés, que alude al vocablo griego *Iso* = igualdad.

autoimpuestas en la línea de los derechos y estándares básicos que la empresa se compromete a cumplir frente a sus trabajadores, y que cuando se extienden al entorno familiar, la comunidad y el medioambiente vienen a ser la piedra angular de la RSE.

La eficacia de estos códigos radica en su credibilidad. Al ser deberes unilateralmente asumidos, su fuerza vinculante está en el campo ético, de allí que los consideremos como el punto de cierre del presente artículo, con que se conmemoran los primeros 25 años de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

REGLAS CIVILES Y LABORALES: VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU[1]

Uno de los temas menos abordados por la regulación laboral se relaciona con la validez y eficacia del contrato de trabajo. No nos referimos al tratamiento de los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación), sino a sus presupuestos y características para que tenga virtualidad jurídica o, desde otro punto de vista, los supuestos de nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo.

Si bien el Derecho Civil tiene un extenso tratamiento sobre el negocio jurídico, las peculiaridades del Derecho Laboral no permiten una aplicación supletoria automática para anular un contrato de trabajo, aplicar las consecuencias de una simulación o apreciar los efectos de la ausencia o inobservancia de una formalidad. Tampoco puede decirse que la regulación laboral simplemente se rige por los principios propios (primacía de la realidad, irrenunciabilidad de derechos, condición más beneficiosa, etc.) dado que, como veremos, no toda falta de requisitos para la validez de un contrato genera la conversión de este en uno laboral de plazo indeterminado.

A través del presente artículo trataremos los casos de validez del contrato de trabajo a partir de la descripción de los supuestos de nulidad, anulabilidad e ineficacia del contrato de trabajo pero previamente desarrollaremos brevemente la regla de la supletoriedad del Derecho Civil. En suma, describiremos

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor Principal de la PUCP. Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Profesor de Post Grado en la Universidad del Pacífico y ESAN. Abogado laboralista.

los principales supuestos de validez y eficacia del contrato de trabajo, partiendo de las bases del Derecho Civil y comparándolo con las características propias del Derecho Laboral.

Aun cuando nos referiremos al contrato de trabajo, en realidad el análisis se extiende a cualquier acto jurídico como una renuncia, un convenio de término laboral, un acuerdo para modificar la remuneración del trabajador, una negociación colectiva, etc.

I. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO LABORAL

Ante la ausencia de normas específicas que regulen los supuestos de validez y eficacia del contrato de trabajo (CT), tenemos que aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil (CC). Sobre las reglas de supletoriedad Neves apunta que "*tenemos 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*"(2).

La aplicación del Derecho Civil es posible por la regla de la supletoriedad prevista en el Título Preliminar del CC. En efecto, el artículo IX de este dispositivo señala que *"Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza"*. Como precisa Rubio(3), estamos ante el "*Derecho común*", cuyas disposiciones se aplican, en principio, "*para todo el Derecho Nacional*".

En materia laboral, no es inusual que los jueces apliquen supletoriamente las disposiciones del CC para apreciar la validez de un CT. Por ejemplo, se ha indicado que si bien no hay regulación para determinar si *"los contratos celebrados con fraude a ley devienen en nulos*", se debe aplicar "*el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil, norma que expresamente señala es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, pues este gesto fraudulento de la demandada de suscribir contratos de naturaleza civil con el demandante para sustraer derechos sociales*

(2) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2007, p. 107.

(3) RUBIO, Marcial. *Título Preliminar.* Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988, p. 161 y ss.

que nacen de todo contrato de trabajo subordinado, contraviene obviamente las leyes que interesan al orden público, consecuentemente dichos contratos carecen de eficacia jurídica" (Casación Nº 1739-2003-Puno).

La supletoriedad no es una regla inquebrantable que suponga que exista una aplicación inmediata o automática en todo lo no regulado, en este caso, por las disposiciones del CC. Resulta imprescindible apreciar si hay una compatibilidad entre la norma supletoria y las peculiaridades que rigen el área del Derecho donde se ubica la norma suplida.

Así, pues, es un requisito para la aplicación supletoria la compatibilidad con las características del Derecho de la norma suplida. El Derecho Laboral es una de las ramas especiales del Derecho que requiere de una regulación especial dada la desigualdad en la que se encuentran los sujetos del CT, el trabajador ante el empleador.

Las características particulares del Derecho del Trabajo originan una serie de preceptos que se desprenden del principio protector. En definitiva, la consagración de un Estado social (artículo 43), el reconocimiento de la tutela judicial efectiva (artículo 133.3) y los principios protector (artículo 23) y de igualdad (artículos 2.2. y 26.1) recogidos en nuestra Constitución brindan el marco necesario para la existencia de reglas particulares en el Derecho del Trabajo. En esta línea, por ejemplo, nuestros jueces han indicado sobre la aplicación del principio de irrenunciabilidad que "*respecto al no cuestionamiento de la validez del contrato por parte del actor debemos decir que de conformidad con el artículo 26 inciso 2) de la Constitución, los derechos de los trabajadores tienen carácter irrenunciable, por lo que la no impugnación de la validez del contrato no es causal para que el acto contrario a la ley se convalide*" (Sentencia de la Sala Laboral de Lima, Exp. Nº 6264-2005-N.D.S); y sobre el principio de continuidad han mencionado que "*al trabajador injustificadamente se le rebajó sus remuneraciones, aunque haya existido aceptación del mismo perjudicado, toda vez que, existen principios esenciales del derecho del trabajo que no permiten la vulneración de derechos laborales (…), se advierte que bajo la supuesta suscripción de nuevos contratos se efectivizó la rebaja de las remuneraciones del trabajador, pues en ningún momento se ha acreditado la ruptura del vínculo laboral, por el contrario se ha establecido unidad en él, y por ello, le corresponde al trabajador el reintegro de sus remuneraciones*" (Cas. LAB. N° 1282-2010-Piura).

Si bien este carácter tutelar supone la elaboración de normas a favor de los trabajadores, ella no implica que las reglas del derecho común no puedan

ser aplicables al Derecho del Trabajo[4]. Finalmente, existen una serie de principios y preceptos legales del CC que se aplican al Derecho del Trabajo tales como las reglas de capacidad negocial, responsabilidad y contratación[5].

En la misma línea, se ha comentado que el "*negocio jurídico laboral*" tiene "*elementos esenciales, presupuestos de validez y requisitos para su eficacia*"[6] y que la nulidad parcial del CT importa el traslado de instituciones del Derecho Civil - *"conversión" o "convalidación*", "*ineficacia estructural y funcional*"-; etc. [7].

En suma, al no haber regulación específica laboral es posible trasladar las reglas sobre validez y eficacia del CC al Derecho Laboral en tanto no se produzca una "desnaturalización" de este derecho nacido para regular las relaciones laborales.

II. EFICACIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Seguidamente, sobre la base de las instituciones del Derecho Civil, nos ocuparemos de la eficacia y validez del CT.

1. La eficacia del contrato de trabajo

La eficacia de un negocio jurídico es la "*capacidad de producir efectos*"[8]. Esta definición atiende al negocio jurídico en sí mismo y, apuntando a los efectos queridos por las partes, Rubio[9] anota que es la capacidad de un contrato "*para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan*".

A contrario sensu, la ineficacia se produce cuando un negocio jurídico, contando con los elementos y presupuestos necesarios para constituirse como tal, no reviste eficacia o no produce las consecuencias normalmente previstas por una "*circunstancia de hecho extrínseca a él*"[10]. Así, si hay un supuesto

(4) Las peculiaridades del Derecho del Trabajo han sido destacadas en incontables trabajos. Por todos, puede verse BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo*. FCU. Montevideo, 1995. Además, puede leerse MONEREO PÉREZ, José. *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*. Ed. Trotta. Madrid, 1999.

(5) Al respecto, puede verse la sentencia recaída en la Casación Nº 015-2001-LIMA.

(6) DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. México, 1991, p. 528 y ss.

(7) PALOMEQUE, Manuel. La nulidad parcial del contrato de trabajo. Madrid, 1975, p. 74.

(8) BIGLIAZZI, Lina y Otros. *Derecho Civil*. T.I. Vol. 2. Bogotá, 1992, p. 996.

(9) RUBIO, Marcial. *Invalidez del acto jurídico*. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IX. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992, p. 13.

(10) BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid, 1943, p. 349.

de disenso (contemplado en el artículo 1359 del CC, que señala que no hay acuerdo mientras que las partes no estén de acuerdo en todas sus estipulaciones), no estamos ante actos nulos sino ineficaces.

En atención a los efectos, la ineficacia puede dividirse en estructural y funcional(11). Será estructural si esta se produce por un hecho intrínseco al nacimiento del negocio jurídico y será funcional si la causal de ineficacia es sobreviniente a la formación del negocio jurídico: aquí el negocio no emana las consecuencias que, regularmente formado, debiera producir(12) –ejemplos de esta última lo constituyen los ya mencionados, los supuestos de rescisión o resolución contractual, contemplados en los artículos 1370 y 1372, respectivamente, del CC–. Dado los alcances de este artículo, nos ocuparemos de los casos de ineficacia estructural que se refieren a los supuestos de validez del CT.

2. La validez del contrato de trabajo

Los elementos son aquellos presupuestos indispensables para la existencia del CT, sin ellos este no puede nacer a la vida jurídica ni, por tanto, producir efectos jurídicos(13).

De acuerdo con el CC, los actos jurídicos expresan una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir el CT y requieren cuatro elementos: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita en las normas bajo sanción de nulidad (artículo 140). La conjunción de estos elementos determina, como cualquier otro contrato o negocio jurídico, la validez del CT(14).

Veamos rápidamente cada uno de estos elementos del CT. La capacidad de las partes supone que tengan la facultad para suscribir un contrato y prestar los servicios contratados (trabajador) así como brindar las condiciones de trabajo y pagar la remuneración (empleador).

(11) Puede consultarse PALACIOS, Eric. "Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria". En: *Revista Ius Et Veritas N° 9*. Lima, 1994. p. 175 y ss.

(12) DÍEZ-PICAZO, Luis. Citado por PALOMEQUE, Manuel. Ob. Cit., p. 77.

(13) GARCÍA VELARDE, María. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial". En: *Documentación Laboral*. Madrid, N° 45, año 1995-i, p. 93.

(14) La jurisprudencia nacional aplica supletoriamente el CC cuando se analiza la validez del contrato de trabajo. Por ejemplo, en la Casación N° 048-2004-Lima se abordó un caso donde se analizaba si correspondía aplicar una causal de nulidad o anulabilidad así como si la firma del contrato de trabajo así como la prestación de servicios continuada ratificaron la validez del contrato de trabajo.

Por su lado, el objeto del CT importa el intercambio de servicios subordinados del trabajador a cambio del pago de la remuneración por el empleador[15]. Se ha señalado que el objeto del CT importa "*una utilidad material para los sujetos del acuerdo*" y, en el caso de un CT, "*el objeto está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado*"[16].

Esta descripción del objeto del contrato importa prácticamente una identificación con la causa misma del contrato: "*se produce una cierta identificación de la causa del contrato y el propio trabajo como objeto material del mismo, de ahí que devenga prácticamente inoperante el análisis de la causa*"[17].

Ciertamente, el fin del CT debe ser lícito: los servicios no deben afectar el orden jurídico, estando descartados centralmente aquellos que importan la comisión de un delito o una afectación a las buenas costumbres.

Sobre la forma contractual, hay que señalar que comprende cualquier exteriorización de la voluntad y esta puede ser verbal (típico de los CT a plazo indeterminado) o escrita (propia de los CT a plazo fijo o tiempo parcial y las modalidades formativas, aunque nada obsta para que se suscriba un CT escrito a plazo indeterminado)[18]. A este respecto, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral destaca que "*El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna*".

En materia laboral, dado el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y los principios que de este se derivan (principios protector, irrenunciabilidad de derechos y de continuidad que se relacionan con el tema que estamos

(15) El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral indica: *"En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"*.

(16) MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Joaquín y GARCÍA MURCIA, Fermín. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos, 2006, p. 496.

(17) AA.VV. *Estructura del contrato de trabajo. Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción* (Dirección: Carlos Molero). Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 215.

(18) Sobre este tema se ha señalado: *"Se dice, en Derecho, que forma es exteriorización de la voluntad de alguien. Siendo así, todo contrato adquiere alguna forma, todos los contratos son formales. Concepto distinto a la forma es la documentación del contrato. Un documento es una cosa que ha de reunir dos requisitos: la corporalidad (que consiste en determinada materia) y la docencia, entendida como la capacidad de incorporar y transmitir una comunicación o una declaración"*. GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel. *"La forma del contrato de trabajo"*. En: *El estatuto de trabajadores veinte años después*. AA.VV. Ed. Civitas. Madrid, 2000, p. 331.

abordando), no cabe el traslado automático de las instituciones del Derecho Civil y, por ello, podríamos indicar que existe cierta preferencia por la validez del CT y, especialmente del CT por plazo indeterminado. Al respecto, Cruz Villalón indica: "*Una declaración de nulidad de un contrato de trabajo de ordinario a quien perjudica es al trabajador, pues para empezar lo coloca en situación de precariedad durante el tiempo de prestación laboral fáctica. Por ello, en lo laboral rige la regla de que la nulidad del contrato solo se produce cuando concurre una ausencia total de los requisitos de consentimiento, objeto y causa*"[19].

Ciertamente, nos encontraremos ante un CT inválido si este carece de alguno de sus requisitos o presupuestos o cuando contraviene una norma de carácter imperativo[20]. Estos son los supuestos de invalidez del CT: la nulidad y la anulabilidad. Es a partir de los casos concretos de nulidad y anulabilidad donde apreciaremos los aspectos que se deben tener en cuenta en cualquier estudio sobre la validez del CT.

2.1. La nulidad del contrato de trabajo

La nulidad comporta la supresión de cualquier efecto al CT. Es un punto de encuentro entre la invalidez y la ineficacia. Los negocios jurídicos nulos no tienen fuerza vinculante entre las partes que los celebraron ya que les falta "*un requisito esencial*" o son contrarios al "*orden público*", "*buenas costumbres*" o infringen una "*norma imperativa*"[21]. En el primer supuesto, estamos ante un caso de nulidad expresa y en los restantes en la llamada nulidad "virtual" (no existe una lista taxativa sino una enunciación genérica de las causales).

Nuestro ordenamiento trata los casos de nulidad en el artículo 219 y siguientes del CC. Además, desarrolla ambos casos de nulidad: la expresa, en los primeros siete numerales de este dispositivo y la virtual, en la última.

Con relación a las características de la nulidad, podemos señalar que estamos ante un acto que carece de eficacia –por ello es insaneable– y la causal que motiva la nulidad es consustancial su nacimiento (artículo 220 del CC). Además, en relación a la prescripción, la doctrina señala que esta es imprescriptible[22]; sin embargo, el numeral 1 del artículo 2001 del CC establece que la acción prescribe a los 10 años.

(19) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2008, p. 107.

(20) BIGLIAZZI, Lina y otros. Ob. cit., p. 996.

(21) STOLFI, Giusepe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid, 1959, p. 80.

(22) TABOADA, Lizardo. "Causales de nulidad del acto jurídico". En: *Revista Thémis*. Lima, 1986, p. 71.

Ahora bien, aun cuando se declare la nulidad del CT, no se genera la devolución de la remuneración percibida y dado que el empleador se ha beneficiado del trabajo[23]. Por ejemplo, en el caso de CT un nulo por vicio de consentimiento es criterio reiterado de nuestros tribunales que el trabajador reciba la contraprestación correspondiente, dado que la otra parte se ha beneficiado del fruto de su trabajo. Sobre este tema volveremos más adelante.

Cualquier persona podría solicitar la declaración de nulidad de un negocio jurídico. Empero, nuestro ordenamiento prevé una limitación. El artículo VI del Título Preliminar del CC indica que "*Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral*".

La sentencia judicial que estima una demanda de nulidad tiene carácter declarativo ya que solo se limita a comprobar la existencia de la nulidad –recordemos que estamos ante un negocio jurídico nulo "ipso iure"–. Además, dada su naturaleza, la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez (artículo 220 del CC).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el ordenamiento no siempre sanciona la nulidad en forma drástica y absoluta. En materia de nulidad, dos manifestaciones del principio de conservación del CT son los casos de conversión del negocio jurídico nulo y de nulidad parcial.

Es posible que un negocio jurídico nulo pueda ser "convertido" en uno válido si reúne ciertos requisitos. En efecto, la doctrina señala que si un negocio jurídico nulo tiene los requisitos de fondo y forma de uno diferente y se aprecia que el fin querido por las partes conduce a este otro negocio jurídico válido[24], puede operar la conversión. A nivel de nuestra legislación, la conversión de un negocio jurídico no está regulada expresamente; empero, una interpretación finalista del artículo 170 del CC conduciría a recoger la conversión y tutelar los intereses de las partes[25].

En muchos casos, en sede laboral, se aprecia que la regulación laboral prevé la conversión del convenio a uno de carácter laboral por plazo indeterminado. Por ejemplo, estamos ante los supuestos de suscripción de un convenio de prácticas preprofesionales pero que cumple los requisitos de un CT y esta es la intención de las partes: se debe considerar que estamos ante un CT.

(23) GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p.107.

(24) BIGLIAZZI, Lina y otros. Ob. cit., p. 1038.

(25) El artículo citado señala lo siguiente: "*Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto*".

Finalmente, en la nulidad parcial se pretende conservar la validez y eficacia del negocio jurídico en su totalidad[26]: "*la nulidad de cláusulas concretas sobre ejecución del contrato solo provoca la expulsión del contrato de tales cláusulas, pero con mantenimiento de la validez del contrato como tal*". Frente a un caso de nulidad de una cláusula, el ordenamiento prevé la sustitución automática de esta ya sea por una disposición legal o convencional[27].

Este supuesto se puede presentar en sede laboral. Se trata de casos donde se suscriben cláusulas que contravienen las normas como una calificación indebida como personal de confianza para extender el periodo de prueba, una consideración no adecuada a la realidad como trabajador no sujeto a fiscalización inmediata para evitar el pago de horas extras, un pacto de permanencia mínima sin una retribución o beneficio percibido por el trabajador, etc. En estos casos, la nulidad de las cláusulas respectivas no acarrea la nulidad del CT.

2.2. La anulabilidad del contrato de trabajo

La anulabilidad es una causal de invalidez: ataca a un negocio jurídico que produce efectos jurídicos pero que, producto de una irregularidad o vicio, es susceptible de una acción que conduzca a su extinción. Los supuestos de anulabilidad están reconocidos en el artículo 221 del CC y, a diferencia de la nulidad, no hay una lista abierta sino expresa –no existe la *"anulabilidad virtual"*–. Sobre estos supuestos volveremos más adelante.

La anulabilidad también cuenta con características particulares. En primer lugar, como se ha dicho, es un acto que produce efectos jurídicos. Por ello, la sentencia, a diferencia de la nulidad, tiene carácter constitutivo (artículo 222 del CC) pero, al igual que esta causal de invalidez, el negocio jurídico anulable es *"nulo desde su celebración"*.

Por otro lado, la acción de anulación es también prescriptible. En nuestro ordenamiento, a los dos años este tipo de acciones prescribe (numeral 4 del artículo 2001 del CC). Pasado el plazo, la anulabilidad no puede ser opuesta ante una demanda de ejecución de un negocio jurídico que ingresa en esta categoría. Al ser la sentencia judicial la que constituye al negocio como nulo,

(26) CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit. p. 107.

(27) El artículo 224 del CC indica: *"La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando estas sean sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal"*.

pasado el término de 2 años, no es posible oponer, a diferencia de la nulidad, una excepción de "anulabilidad".

La legitimidad para obrar es relativa: solo pueden demandar el afectado o interesado y únicamente a su pedido se inicia un proceso de declaración jurisdiccional de anulabilidad (artículo 222 del CC).

El principio de conservación del negocio jurídico también se manifiesta en la anulabilidad. Dada su especial naturaleza –negocio jurídico inválido que produce efectos–, puede ser "saneado". En efecto, un negocio jurídico anulable puede ser "convalidado" o "confirmado" (artículo 230 y siguientes del CC): la parte afectada puede confirmar, voluntariamente y conociendo la causal de anulabilidad, la validez del negocio anulable y, si lo hace, el negocio será "definitivamente" válido[28].

III. SUPUESTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Supuestos de nulidad del contrato de trabajo

Para un mejor estudio de los supuestos de nulidad de un CT, seguiremos la clasificación realizada por el CC (artículo 219).

1.1. La falta de manifestación de voluntad

La existencia de una voluntad declarada es esencial para la celebración de un CT. Evidentemente, si uno de los sujetos no manifiesta correctamente su voluntad, no hay un CT. El artículo 140 del CC expresa que *"El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a (...)*". Esta voluntad, en función al artículo 141 de este mismo cuerpo normativo, puede ser expresa o tácita. Por ello, el primer inciso del artículo 219 del CC señala que es nulo el negocio jurídico si *"falta la manifestación de voluntad del agente*".

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, y si fuera expresa será escrita o verbal. Ciertamente, en caso de que sea tácita es necesario que se aprecien rasgos o manifestaciones inequívocos, actos de las partes,

(28) BIGLIAZZI, Lina y otros. Ob. cit., p. 1054.

etc.[29]. Dentro de esta genérica causal de nulidad pueden encontrarse los siguientes casos:

1.1.1. La incapacidad natural

En esta categoría se encuentran todos los casos donde el sujeto que emite su declaración de voluntad, lo hace cuando estaba, al momento de celebrar el negocio jurídico, "privado de discernimiento"[30].

La incapacidad natural se produce cuando quien emite la declaración, por motivos psicológicos o internos no tiene la plena conciencia de estar celebrando un negocio jurídico. Muestra de ello lo constituyen los supuestos de celebración de un CT donde una de las partes estaba hipnotizada, bajo los efectos de una droga, etc.

1.1.2. La falsificación de documentos

Esta causal es simple. Cuando un CT se celebra con las firmas falsificadas del empleador o de los trabajadores, este resulta nulo.

1.1.3. La violencia física y psicológica

Cuando el CT se celebra con el empleo de violencia de una de las partes laborales sobre la otra estamos ante una causal de nulidad. Nótese que lo trascendente no es la discrepancia entre la voluntad declarada y la interna, sino la "*ausencia absoluta de voluntad*"[31].

De acuerdo a la doctrina civil, la violencia física conduce a la nulidad y la psicológica a la anulabilidad. No puede asimilarse ambos tipos de violencia: en la primera, no existe posibilidad de elección de quien sufre el acto violento. Además, como apunta Díez-Picazo[32], en la violencia física esta ha sido el móvil directo por el cual se celebró el negocio jurídico; en cambio, en la violencia psicológica la característica no reside en el objeto empleado sino "*en el resultado obtenido mediante él*".

El CC prevé una consecuencia diferente a la señalada por la doctrina: la anulabilidad de los negocios jurídicos celebrados bajo violencia física o psicológica

(29) GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p. 98.
(30) TABOADA, Lizardo. Ob. cit., p. 71.
(31) BIGLIAZZI, Lina y otros. Ob. cit., p. 812.
(32) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. V. I. Madrid, 1979, p. 112.

(artículo 214). Así, se equipara la violencia física a la psicológica –típico caso de anulabilidad, de acuerdo a lo previsto en la doctrina civil–.

El empleo de la violencia psicológica motiva la nulidad del negocio jurídico. Ciertamente, debe ser una amenaza o intimidación determinante que la jurisprudencia española usualmente ha clasificado en cuatro características: primera, que exista una amenaza con un mal inminente y grave para el sujeto pasivo; segunda, que tal amenaza o coacción sea determinante de una declaración de voluntad contraria a la verdadera voluntad o intereses del sujeto; tercera, que la amenaza intimidativa revista matiz antijurídico; y cuarto, que la conducta de quien amenaza no sea ajustada a Derecho(33).

El Tribunal Constitucional ha fijado uno de los tipos de despido que motiva la reposición de un trabajador, el despido fraudulento basado en una amenaza o coacción al trabajador al momento de aceptar el término de la relación laboral. En definitiva, hay un vicio de la voluntad del trabajador que motiva la nulidad del despido(34).

1.1.4. La declaración hecha en broma

En estos casos, nos encontramos ante supuestos donde la declaración realizada con fines didácticos, teatrales, de "jactancia", etc. son determinantes en la celebración de un CT. Existe en doctrina y en ciertos países una causal adicional: la reserva mental. Aquí la nulidad se produce cuando el agente celebra, de manera expresa, un negocio jurídico sin declarar su verdadera voluntad. Sin embargo, teniendo en cuenta que nuestra legislación civil se afilia a la teoría predominantemente "declaracionista", el ocultamiento consciente de la voluntad interna no es una causal de nulidad.

Muestra de lo dicho se puede encontrar en el articulado del CC. En efecto, una interpretación de los artículos 1359 –el requisito de la conformidad de las disposiciones contractuales para la existencia del contrato–, 1361 –la obligatoriedad de los contratos en relación a lo expresado en ellos– y 1363 –la obligatoriedad del contrato para las partes y los herederos– permite inferir que la postura que adopta el CC peruano es la preeminencia de la declaración sobre la voluntad. No hay, pues, una posición "voluntarista" en el CC.

(33) GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p.105.

(34) En la sentencia recaída en el Exp. Nº 628-2001-AA/TC se señaló: *"(…) aparece también que al pie del anverso de las liquidaciones de compensación por tiempo de servicios y de ayuda económica (…) la demandante dejó constancia que 'su renuncia no fue voluntaria'*, y al dorso de la carta de fs. 11, mediante la cual Telefónica del Perú S.A.A. aceptó su renuncia (…), aparece (…) '*El presente documento no significa que la trabajadora renuncia a los beneficios y derechos que le correspondan y que judicialmente pueda iniciar*'".

De esta forma, la reserva mental es un negocio jurídico válido y no ingresa en el tipo de falta de voluntad[35]. Sin embargo, para algunos, a partir de una posición voluntarista, estima que la reserva mental sería un supuesto de falta de manifestación de voluntad, inmersa dentro de los casos de nulidad[36].

1.2. La incapacidad absoluta

De acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 140 del CC, un elemento del negocio jurídico es el "*agente capaz*". Concordante con ello, el numeral 2 del artículo 219 señala que una causal de nulidad del negocio jurídico es la incapacidad absoluta. Los supuestos de incapacidad absoluta están reseñados en el artículo 43 del propio Código.

Así, estaremos ante un CT nulo si este ha sido celebrado por las personas que tienen una incapacidad absoluta: los menores de dieciséis años, los privados de discernimiento y los sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable. La existencia de una lista de incapacidades –absolutas o relativas– tiene como correlativa causa a la seguridad del tráfico jurídico.

1.3. El objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable

El numeral 3 del artículo 219 del CC señala que es nulo el negocio jurídico cuando el objeto es física y jurídicamente imposible o indeterminable. Ello es concordante con lo establecido en el numeral 2 del artículo 140 del CC –que dispone que el objeto sea un elemento del negocio jurídico–. En esta línea, un CT donde el objeto de la prestación será laborar las 24 horas del día durante todos los días del año será nulo.

1.4. El fin ilícito

La cuarta causal que encontramos en el artículo 219 es la referida al fin ilícito. El artículo 140 dispone que el fin lícito sea un elemento esencial en la configuración del negocio jurídico. Cuando el CC se refiere al fin, deberíamos entender por este a la causa del negocio jurídico. Por causa, siguiendo a estos autores, entenderíamos el fin económico y social que caracteriza al negocio jurídico como tal[37].

(35) TABOADA, Lizardo. Ob. cit., p. 72.

(36) Por todos, véase LOHMANN, Juan. Ob. cit., p. 123 y ss.

(37) RUBIO, Marcial. Ob. cit. "La invalidez...", p. 55 y TABOADA, Lizardo. Ob. Cit., "Causales...", p. 74 y ss.

Sin embargo, teniendo en consideración lo establecido en el último literal del artículo 219 del CC, debe entenderse por fin al "querer" buscado por las partes y que está expresado en el negocio jurídico. En efecto, teniendo presente que el último supuesto del artículo 219 del CC se refiere a negocios jurídicos que contravienen una norma de orden público o buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del CC), el fin ilícito no puede asimilarse a la "causa ilícita" ya que se produciría una "duplicidad" de supuestos.

Nos explicamos. La causa ilícita se presenta si el negocio jurídico que la contiene atenta contra los supuestos contemplados en el artículo V del Título Preliminar del CC; por ello, el fin contemplado en el numeral que analizamos del artículo 219, se refiere a la finalidad perseguida por las partes –finalidad subjetiva– y no a la "socialmente" relevante –finalidad objetiva–.

Por ejemplo, si en un CT se pacta que una trabajadora se exhiba semidesnuda en la calle, estaríamos ante una causal de nulidad. Una consecuencia distinta fue establecida para un servicio de "captación de varones": "*hay una relación laboral entre una 'señorita de alterne' y el club al que prestaba servicios, los cuales consistían en la permanencia en el mismo en horas fijas cada día a fin de captar clientes varones, mediante su atractivo, cobrando o bien un 50 por 100 de los consumos*"[38].

1.5. La simulación absoluta

La simulación absoluta está prevista como causal de nulidad en el numeral 5 del artículo 219 del CC. De acuerdo al artículo 190 del mismo Código, nos encontramos ante un supuesto de simulación absoluta en los casos donde "*se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo*".

Como destaca Neves, "*la simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito*"[39]. En este caso, hay capacidad para actuar, manifestación de voluntad pero no se aprecia una concordancia entre voluntad interna y declarada[40].

Hay casos donde se suscriben CT y hay cotizaciones a la seguridad social, pero en los hechos no existe un trabajo efectivo pues los acuerdos solamente

(38) GIL SUÁREZ, Luis. "Validez e invalidez del contrato de trabajo". En: *El estatuto de trabajadores veinte años después*. AA.VV. Ed. Civitas. Madrid, 2000, p. 363.

(39) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 30.

(40) GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p. 99.

se suscribieron para acceder a las prestaciones de la seguridad social: "*Se produce una apariencia externa de que un determinado contrato de trabajo existe, e incluso se dan determinadas consecuencias jurídicas propias de un contrato real y válido (cotizaciones a la Seguridad Social e, incluso en ocasiones, el reconocimiento de prestaciones)*"(41).

La simulación, entonces, es una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, producida por un acuerdo previo de ambas partes. Si no existe este acuerdo, estamos ante "*un mero disfraz que, por carencia de causa, determina la inexistencia del contrato*"(42).

Además, existe otro caso de simulación, llamado relativa por la doctrina. Este supuesto está considerado como causal de anulabilidad (numeral 3 del artículo 221 del CC). Aquí, a diferencia de la simulación relativa, detrás del negocio jurídico simulado, existe uno oculto. En materia laboral, usualmente se denomina a esta institución como "desnaturalización" del contrato y la consecuencia, en el marco del principio de primacía de la realidad, es que existe un CT a plazo indeterminado.

Un supuesto típico es la celebración de un contrato de locación de servicios cuando, en la realidad, se aprecian elementos de un CT (servicios subordinados por cuenta ajena) y, por ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se debe considerar que hay una relación laboral. La celebración de un contrato civil, la remisión de honorarios profesionales así como la negación misma de los elementos esenciales del CT son irrelevantes: estamos realmente ante un CT.

En la misma línea, si un CT a plazo fijo no cuenta con la indicación expresa de la causa temporal que justifica su utilización, se debe considerar que estamos ante un CT a plazo indeterminado: "*Tal omisión supone, a lo más, la conversión de modalidad, no la nulidad del contrato, que es otra cosa; pues contrato de trabajo por igual es el temporal o indefinido; su diferencia está en un elemento accidental en cualquier contrato*"(43).

(41) GIL SUÁREZ, Luis. Ob. cit., p. 353.

(42) VIDAL SORIA, José, MONEREO, José y MOLINA, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*. Ed. Comares, Granada, 2007, p. 452.

(43) GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel, Ob. cit., p. 341.

1.6. La ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad

En la doctrina laboral, se acostumbra definir a este tipo como "*faltas de formalidades para convenir*"[44]. La llamada formalidad *ad solemnitatem* está contemplada en el numeral 6 del artículo 219 del CC –"*El acto jurídico es nulo: (...) Cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad*"– y recogida como elemento esencial del negocio jurídico en el numeral 4 del artículo 140 del mismo Código.

Por ejemplo, si una empresa quiere otorgar una renta vitalicia a ciertos trabajadores de esta en retribución por los servicios prestados y lo formaliza solo en un acuerdo privado. En este caso, teniendo en cuenta lo expresado en el artículo 1925 del CC, el acuerdo es nulo porque la renta vitalicia solo procede si se constituye por escritura pública.

En sede laboral, usualmente nos encontramos ante una formalidad *ad probationem* y la celebración del CT solo podrá ser cuestionada en relación a su existencia (sistemas de *video tape*, grabaciones magnetofónicas, testigos, etc.) pero no debería deducirse su nulidad inmediata. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 144 del CC: la inobservancia de una formalidad que no tiene la cláusula *"bajo sanción de nulidad"*, representa un supuesto de formalidad *ad probationem*. No puede aplicarse el supuesto de nulidad virtual (véase *infra* el punto 2.3.1.7.), porque en materia de formalidades las nulidades o son expresas o no[45].

Los CT a plazo indeterminado pueden ser celebrados en forma escrita o verbal, con excepción del personal de intermediación laboral que es destacado a empresas usuarias[46]. Para los CT a plazo fijo, las normas indican que deben celebrarse "*necesariamente por escrito*"[47] e igualmente para los CT a tiempo parcial se precisa que "*necesariamente*" se celebran por escrito[48] mientras que

(44) LINARES, Juan. LINARES, Juan. "Motivos de nulidad de los convenios colectivos". En: AA.VV. *Jornadas sobre cuestiones actuales del enjuiciamiento laboral*. IELSS, Madrid, 1985, p. 524.

(45) LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Vol. I. Bogotá, 1991, p. 175 y LOHMANN, Juan. Ob. cit., p. 141.

(46) El artículo 11 del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, indica: *"Los contratos de trabajo celebrados entre la entidad y el trabajador destacado, sean indeterminados o sujetos a modalidad, se formalizan por escrito, y se presentan para su registro dentro de los quince (15) días naturales de suscritos (...)"*.

(47) El artículo 72 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala *"Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral"*.

(48) El artículo 13 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo precisa: *"El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito"*.

para las modalidades formativas simplemente se indica que los convenios se celebran "*por escrito*"[49] así como para la contratación de personal extranjero[50].

La contratación de extranjeros es la única modalidad que exige una formalidad específica y la autorización previa del Estado para que tenga efectos jurídicos[51]. Su falta de formalidad o aprobación no genera una conversión del CT en uno a plazo indeterminado sino que se debe estimar que no genera efectos jurídicos en el ordenamiento. En este caso, si no hay autorización del CT de personal extranjero y no se observa la formalidad, estamos ante un contrato nulo de pleno derecho[52], pero si hubiera servicios que se han prestado en la práctica, no puede desconocerse que estamos ante una relación laboral y debe reconocerse la remuneración y los beneficios sociales[53].

1.7. Las nulidades expresa y virtual

Los numerales 7 y 8 del tantas veces citado artículo del CC, disponen que estamos ante un negocio jurídico nulo cuando la ley lo declara como tal (nulidad expresa) o cuando nos encontramos ante negocios jurídicos que incumplen disposiciones que son contrarias a normas que pertenecen al orden público o las buenas costumbres, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar del CC (nulidad virtual). Todas estas normas, las expresas o genéricas, se aplican al área laboral.

Sin embargo, a diferencia del Derecho Civil, en el Derecho del Trabajo es raro encontrar una consagración expresa en relación a la sanción de nulidad. La mayor parte de las normas laborales, cuando sancionan con nulidad su inobservancia, no lo hacen de manera expresa sino virtual. Ello se justifica por el carácter eminentemente "protector" del Derecho Laboral que importa la existencia de normas mínimas (solo puede negociarse la mejora y no puede suscribirse acuerdos en contra de los "mínimos legales").

(49) El artículo 46 de la Ley de Modalidades Formativas Laborales anota que *"El Convenio se celebra con carácter individual y por escrito y debe contener como mínimo los siguientes datos (...)"*.

(50) El artículo 5 de la Ley de Personal Extranjero menciona *"Los contratos de trabajo a que se refiere esta Ley deberán ser celebrados por escrito, y a plazo determinado, por un periodo máximo de tres años prorrogables, sucesivamente, por periodos iguales"*.

(51) El artículo 52 de la Ley de Contratación de Extranjeros destaca: *"(...) El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo"*.

(52) MARTIN VALVERDE, Antonio y otros. Ob. cit., p. 494.

(53) Sobre este tema, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha indicado que *"si bien está establecido legalmente que los contratos de trabajo celebrados con extranjeros surtirán efecto a partir de la fecha de su aprobación por la autoridad administrativa competente, los servicios prestados con anterioridad a esta fecha no podrán ser desconocidos, ya que , en virtud del principio de supremacía de la realidad, prevalece la prestación de servicios realizada por común acuerdo entre las partes"* (Casación Nº 452-97-Cajamarca).

Por ello, interesa analizar el tema de la nulidad virtual. ¿Qué significan las normas de orden público y de buenas costumbres? ¿Cómo saber cuando estamos en estos supuestos? Imposible tarea delimitadora. Sin duda, nos encontramos ante estándares jurídicos y, por tal, son conceptos trascendentes, exteriores a la norma(54). Así, decir que estamos ante normas imperativas no resuelve el problema.

Creemos que deberá determinarse en cada caso la configuración de estos supuestos en función a todos los mecanismos de interpretación del Derecho: la amplitud de los términos no facilita una comprensión conceptual plena; estamos ante un concepto indeterminado pero que debe ser precisado al momento de su aplicación. Se trata de normas o principios donde solo existe una posibilidad, una forma de ejercicio que es la prevista en la norma imperativa y que usualmente se manifiesta en la nulidad de aquellos actos contrarios al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento de la persona no protege sus verdaderos intereses, a tal punto que si hubiera actuado de modo razonable hubiera mostrado su acuerdo con la prohibición del acto de renuncia(55)

Por ejemplo, una relación laboral no procede si la prestación laboral consiste en llevar drogas en el cuerpo del trabajador (es decir, trabajar como "burrier") o para ejercer la prostitución donde también no existe un fin lícito. En un proceso judicial se resolvió la nulidad del CT porque el convenio de remuneración integral fue suscrito por una persona que no ocupaba un cargo de dirección –al momento de la firma del contrato se exigía esta condición– (Casación Nº 048-2004-Lima):

> "*Que, bajo este contexto, el supuesto contenido en el artículo cuarentiuno del Decreto Supremo número cero cinco-noventicinco-TR, estaba restringido a los trabajadores de dirección, por consiguiente, a la fecha de suscripción del contrato de trabajo no estaba permitido pactar la remuneración integral anual con un trabajador de confianza (…), por lo que deviene en nulo el contrato de trabajo del primero de mayo de mil novecientos noventiséis; pues para que la modificatoria del artículo cuarentiuno dispuesta por el Decreto Legislativo número ochocientos cincuenticinco pueda variar la situación jurídica del actor y surtir sus efectos, la empresa a la entrada en vigencia del aludido Decreto Legislativo debió celebrar con el trabajador un nuevo pacto, lo cual no se produjo*".

(54) DE BUEN, Néstor. Ob. cit., p. 529.

(55) ÁGUILA-REAL, Jesús. "Autonomía privada y derechos fundamentales". En: *Anuario de Derecho Civil* Nº 1, tomo XLVI, 1993, pp. 102 y 22.

Y sobre este mismo tema, en otra sentencia la Corte Suprema señaló:

"(…) *el demandante a la fecha del primer de mayo de mil novecientos noventa y seis no ostentaba el cargo de trabajador de dirección, por lo tanto al suscribir los contratos en los que se establecía el pago por remuneración integral, colisionaba con lo dispuesto en el texto original de artículo cuarenta y uno del Decreto Supremo cero cero cinco noventiséis - TR, consecuentemente el contrato suscrito por el demandante deviene en nulo por atentar contra normas de orden público y de obligatorio cumplimiento*" (Casación Nº 2023-2006-Lima).

Otro ejemplo pueden ser los casos donde se pacte en un convenio que el trabajador no puede afiliarse a un sindicato o realizar actos que promuevan la actividad sindical: estamos ante actos nulos por afectar la libertad sindical(56).

2. Supuestos de anulabilidad del contrato de trabajo

Al igual que los supuestos de nulidad, debemos acudir a las normas del Derecho Civil para describir los supuestos de anulabilidad que puede presentar un CT. Todos ellos están contenidos en el artículo 221 del CC.

2.1. La incapacidad relativa

El numeral 1 del artículo 221 del CC establece que el negocio jurídico es anulable si estamos ante un supuesto de incapacidad relativa. El artículo 44 del mismo CC menciona los casos de incapacidad relativa: "*los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años (...), los retardados mentales (...), los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (...), los pródigos (...), los que incurren en mala gestión (...), los ebrios habituales (...), los toxicómanos (...) y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil* (...)".

Las normas laborales exigen que, en el caso de los adolescentes, se cuente con una autorización de los padres para que puedan trabajar. Cabe precisar que no se trata de una representación de los padres sino de una aprobación para que sus hijos laboren pues estos últimos tienen capacidad para demandar inclusive directamente por sus derechos laborales(57). Por su lado, el

(56) Sobre los alcances de la libertad sindical puede verse VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. OIT. Lima, 1999, p. 26 y ss.

(57) El Código de Niños y Adolescentes (Artículo 65º) indica: *"Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica"*.

trabajo de niños está vedado en el país, pues se presume que no debe afectarse la educación, salud y desarrollo(58).

Si un adolescente trabajara sin tener la autorización de sus padres, creemos que estamos ante un acto subsanable en tanto los padres ratifiquen su autorización para laborar de sus menores hijos(59). En otras palabras solo habría una infracción administrativa para el empleador contratante por iniciar la relación laboral sin la autorización respectiva. Si no hubiera autorización de los padres ni convalidación de ellos estaríamos ante un supuesto de anulabilidad del CT.

2.2. Los vicios del consentimiento

De acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 221, los supuestos de vicios del consentimiento son tres: error, dolo y violencia. Como ya destacamos al describir los supuestos de nulidad, la violencia no es un vicio del consentimiento sino una causal de nulidad. En la mayoría de estos supuestos entra en juego la actitud de las partes en la negociación y celebración del CT. Nuevamente, aun cuando se declare la nulidad del CT, no corresponde la devolución de la remuneración del trabajador para evitar que se configure un enriquecimiento indebido del empleador(60).

A continuación, analizamos los supuestos de vicios del consentimiento por separado.

2.2.1. El error

En doctrina se acostumbra distinguir dos tipos de error: "obstativo" y vicio. Empecemos por el error "obstativo". Este tipo de error se produce cuando la declaración de voluntad se ha emitido correctamente, pero se verifica una equivocación en la propia declaración del agente (un error en la transmisión).

(58) BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2011, p. 156.

(59) Al respecto se ha mencionado que *"La contratación con un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años (trabajador con capacidad de obrar limitada por razón de edad) sin la oportuna autorización de los padres o representante legal conlleva no a la nulidad de pleno derecho, sino solo a un contrato meramente anulable"*. GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p. 101. En sentido contrario, se ha indicado: *"Un contrato celebrado por un menor es por consiguiente, nulo de pleno derecho"*. MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. Ob. cit., p. 492.

(60) Sobre este tema, Cruz Villalón destaca: *"Por medio de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto podemos percibir como trasfondo la tutela del contratante débil: el supuesto empleador ya ha obtenido la utilidad patrimonial del trabajo efectuado en tanto que quien realizó la actividad profesional no ha percibido cantidad compensatoria por ello"*. CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit., p. 108.

Así, existe una "*discordancia entre la voluntad y la declaración*"[61]. Los casos donde el empleador acepta la suscripción de una cláusula de un CT, por equivocación al momento de su declaración, pueden asimilarse a este supuesto. La consecuencia que prevé la doctrina es la nulidad[62].

De otro lado, estamos ante un error vicio cuando la voluntad se formó de manera inadecuada, "*sobre la base de representaciones que no correspondían a la situación de hecho o de derecho", lo que trae como consecuencia la anulabilidad del negocio jurídico*[63]. Estamos, pues, ante estas causales de anulabilidad, cuando "*existe una equivocada o inexacta creencia o representación mental*"[64].

Un común supuesto en las relaciones laborales son aquellos casos donde el trabajador presenta documentación o destaca capacidades para poder postular a un puesto de trabajo. Y, el empleador, confiado de la capacidad del trabajador revelada en la documentación e información que presenta, opta por contratar al trabajador: "*La falta de esos títulos vicia el consentimiento, pudiendo dar lugar a error* in persona *o al desencadenamiento de los mecanismos de ineptitud (legal)*"[65].

Ciertamente, también el error no solo puede concentrarse en las cualidades o características de las partes laborales, también puede recaer en las condiciones laborales o las cláusulas del CT tales como lugar de trabajo, remuneración básica y retribución flexible, etc.[66].

Finalmente, como anota el artículo 201 del CC, el error debe ser "esencial" –por ejemplo, cuando recaiga sobre cualidades personales de la contraparte o del objeto del negocio– y "reconocible" –cuando una persona de normal diligencia, de acuerdo al contexto o calidad de las partes, hubiese podido advertirlo–.

2.2.2. El dolo

Cuando una de las partes laborales, producto del engaño, celebra un CT, puede emplear los mecanismos que prevé la normativa para anular el mismo

(61) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 122.

(62) La jurisprudencia laboral ha utilizado este concepto para declarar nulo un contrato de trabajo y salvaguardar derechos de un trabajador (sentencia de fecha 23 de febrero de 1993, emitida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, Expediente Nº 3205-93-CD).

(63) BIGLIAZZI, Lina y otros. Ob. cit., p. 817.

(64) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 119.

(65) VIDAL SORIA, José, MONEREO, José y MOLINA, Cristóbal. Ob. cit., p. 445. En la misma línea se ha indicado: *"resultará, por tanto, nulo el acuerdo por el que se contrata para realizar un trabajo a una persona sin la titulación necesaria para ejercerlo"*. MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. cit., p. 494.

(66) MARTIN VALVERDE, Antonio. Ob. cit., p. 498.

(artículo 210 del CC). En estos casos tenemos "*la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico*"[67]. Un ejemplo de ello puede ser el CT que contiene una serie de obligaciones que debe realizar el trabajador a cambio de una prestación inexistente del empleador, quien, de esta forma, engañó a la contraparte. Otros casos son aquellos donde el trabajador falsifica documentos para acceder a un puesto de trabajo y, ante ello, el empleador puede optar por el término del CT, pues se configura una falta grave laboral del trabajador (que incluso puede generar una responsabilidad penal).

2.2.3. La simulación relativa, cuando el acto real que lo contiene, perjudica el derecho de terceros

De acuerdo al penúltimo numeral del artículo 221 del CC, estamos ante una causal de anulabilidad si existe una simulación relativa y el acto real que lo contiene perjudica al derecho de un tercero. Aquí, las partes negociales celebran un negocio jurídico –simulado– tratando de ocultar otro –disimulado– (artículo 191 del CC). Como ya anotamos, el negocio simulado es nulo; en cambio, el disimulado será anulable.

En el área laboral, este supuesto puede darse cuando el sindicato y la empresa celebran un convenio tratando de ocultar otro negocio jurídico que perjudica a terceros: en concreto, cuando en un convenio la empresa dona un bien mueble inscrito al sindicato, ocultando una compraventa para enervar el derecho de retracto de un copropietario del bien cedido[68]. Aquí, en realidad existe una compraventa pero si se hubiera empleado esta figura contractual, el copropietario podría ejercer su derecho de retracto.

2.2.4. La anulabilidad expresa

Como describimos anteriormente, los supuestos de anulabilidad solo pueden ser expresos. En tal sentido, cualquier cláusula del CT que transgreda una disposición que contenga la expresión "bajo sanción de anulabilidad" puede ingresar en este supuesto. Lo que dijimos sobre la nulidad es trasladable para estos casos: resulta difícil encontrar un supuesto de anulabilidad expresa en el Derecho Laboral: toda la construcción jurídica supone la existencia de normas imperativas o dispositivas, resultando marginal la anulabilidad.

(67) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 115.

(68) El artículo 1592 del CC establece que "*El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa (...)*".

25 AÑOS DEL DERECHO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL: CAMBIOS Y DESAFÍOS

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ[1]

I. INTRODUCCIÓN

Por los 25 años de existencia de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (en adelante, SPDTSS) nos invitan a reflexionar sobre lo que ha pasado en estas dos décadas y media en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en nuestro país. Para cumplir este encargo exigente, con espacio limitado, intentaré plantear los rasgos más importantes del periodo mencionado, a través de la caracterización de cada década en el aspecto económico y su influencia en las normas laborales y previsionales. Es decir, desarrollaremos lo que cada década trajo como cambios principales y cómo fue el comportamiento del Derecho Laboral en esas realidades cambiantes. Asimismo, plantearemos la necesidad de cambios en el aspecto económico e institucional a través de políticas de empleo e implementación de políticas de seguridad social como desafíos de estos años. Finalmente, señalaremos algunas ideas a manera de conclusión.

(1) Magíster en economía y relaciones laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en seguridad social por la Universidad Alcalá de Henares de España, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Piura, miembro del Consejo Consultivo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú, consultor de la OIT, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Especialista laboral y previsional del Congreso de la República, autor de varios libros y artículos en temas relacionados con el trabajo y la seguridad social.

II. FINES DE LA DÉCADA DE LOS OCHENTA Y CREACIÓN DE LA SPDTSS

1. La globalización económica como contexto

La globalización económica en los años 80 tuvo un efecto inesperado en el mundo, se suponía como afirmaba Toffler(2), que nos llevaría a una aldea común y que se levantarían las fronteras de los países. Pero, aparecieron los bloques regionales conformados por países con determinados intereses, básicamente económicos. Tanto es así, que Castells señala que el mundo se divide en una triada(3): América del Norte, la Unión Europea(4) y el eje asiático.

En efecto, las antiguas alianzas estratégicas de países de distintas regiones, en diferentes momentos, decidieron fortalecer los esquemas de integración existentes. En dichas experiencias existía la preeminencia de lo económico sobre lo social, en el que inicialmente, este era simplemente un instrumento para alcanzar los fines del mercado común. Ello originó una seria contradicción: la cuestión social expresada en la marginalidad y exclusión de las mayorías, reflejando desequilibrios, que tienen como elemento agravante justamente los procesos de apertura.

Sin embargo, el proceso de globalización económica no solo consistió en la liberación de los mercados nacionales sino además, incidir en las formas de producir los bienes de consumo masivo y redefinir los modelos organizacionales empresariales para la competitividad en el mercado, en trastocar el comportamiento de los individuos, sus relaciones de trabajo y el valor del trabajo en su conjunto. La práctica productiva dejó de ser medida a partir de la sola productividad laboral, para abarcar además la eficiencia en el uso de todos los recursos tanto humanos como productivos.

Y los efectos de la innovación tecnológica y las exigencias en los patrones de competitividad en el mercado, han puesto en jaque los perfiles tradicionales de la demanda de mano de obra. Cada vez más se crearon necesidades ligadas al manejo de las tecnologías en red, como parte sustancial del

(2) TOFFLER, Alvin. *La Tercera Ola*. Ed. Plaza Janes, Barcelona, 1981.

(3) CASTELLS, Manuel. *La galaxia Internet*. Ed. Areté, Barcelona, 2001, p. 127.

(4) Creada por el Tratado de Roma del 26 de mayo de 1957 y consolidada por el Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992. Es un gran mercado que se manifiesta en la libre circulación de mercaderías, capitales y trabajadores provenientes de los Estados que lo componen, los que, por lo tanto, se hallan obligados a dejarlos ingresar en sus territorios sin someterlos a restricciones.

crecimiento del mercado. Ese proceso es conocido como neoliberalismo[5] que se expresa como planteamiento de una economía de la oferta, de las políticas de inversiones y el no sostenimiento de la demanda que supuestamente origina crisis económica.

Así, a fines de los años ochenta se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado, sosteniendo que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; se "propone la universalización de las leyes económicas, la exigencia de la internacionalización de las economías para la modernización de las sociedades (...)"[6]; y el libre juego de las leyes de la competencia y el proceso de la privatización de empresas públicas[7].

En el Perú, dicha situación se agravó con una economía profundamente excluyente en la que estalló la hiperinflación pulverizando todos los registros[8]. Además, "el fenómeno de la violencia política se entrelazó desde inicios de los años ochenta creando complejas situaciones que acentuaron los efectos de la crisis económica"[9]. El resultado fue el debilitamiento y desaparición de muchas organizaciones sindicales, en momentos que estas atravesaban por una crisis ideológica, organizativa y de representación.

2. La fundación de la SPDTSS

El 14 de julio de 1988 se fundó la SPDTSS, como filial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social[10]. El doctor

(5) Dicha denominación es un neologismo que permite dar a conocer una nueva etapa del liberalismo como proceso de hegemonía ideológica y política en el pensamiento político contemporáneo. Económicamente el término neoliberal se debe a que sus medidas se aproximan a los prekeynesianos o liberales. Socialmente se difundió la idea de que el bienestar general solo puede ser una consecuencia de la libertad de los mercados. Esto ha provocado preocupación y crítica en muchos sectores sociales por la injusticia del orden neoliberal y su unidimensionalismo. En América Latina, ver la Carta de la Compañía de Jesús titulada "El neoliberalismo en América Latina" (México, 14 de noviembre de 1996). También el libro de Francisco Chamberlain Hayes, *Neoliberalismo y desarrollo humano,* Ed. Instituto de ética y desarrollo humano, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, mayo, 1998.

(6) UGARTECHE, Oscar. *El falso dilema, América Latina en la economía global*. Lima, Fundación Friedrich Ebert - FES, 1997, p. 20.

(7) Como implementación de las políticas del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, inspiradas en el Consenso de Washington, como un listado de políticas económicas considerados durante los años 90, descritos por Joseph Stiglitz en su obra *El malestar en la globalización*. Ed. Taurus, Madrid, 2002.

(8) Ver el libro de SCHULDT, Jurgen. *Política económica y conflicto social*. Universidad del Pacífico, 1980, Lima. También PEASE, Henry. *Un perfil del proceso político: a un año del segundo Belaundismo.* Desco, Lima, 1981.

(9) MANRIQUE GÁLVEZ, Nelson. *El tiempo del miedo, la violencia política en el Perú 1980-1996*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2002, p. 260.

(10) La Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se creó en Bruselas en junio de 1958.

Luis Aparicio Valdez fue miembro fundador convocante, conjuntamente con los doctores Mario Pasco Cosmópolis y Roger Zavaleta Cruzado[11]. La finalidad principal que persigue la sociedad, según su acta de fundación, es el desarrollo del Derecho Laboral y de la Seguridad a través de la investigación multidisciplinaria: "promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario, promover el conocimiento del Derecho del Trabajo, así como de la Seguridad Social"[12]. Y en el año 1994 se publicó el primer número de la Revista Laborem como órgano de la SPDTSS y "aparece como respuesta a una necesidad profesional de comunicación con el público, para dar a conocer el pensamiento de los laboralistas peruanos, así como el aporte intelectual de colegas del exterior"[13].

Estas dos fechas para la SPDTSS son momentos importantes de su existencia desde la perspectiva que animó su creación, como ideas fuerza de continuidad de una institución académica que puede ser el hilo conductor a desarrollar aún más. Curiosamente la SPDTSS se crea en el mes que terminó la guerra Irán - Irak y a un año de la caída del Muro de Berlín.

En realidad fue un tiempo de tránsito hacia la definición de un nuevo orden económico y político en el mundo al terminar esa década que lo materializó en los noventa. Además, los procesos tecnológicos que han revolucionado la producción, la comunicación y los bienes de consumo respaldaron las fuerzas mundiales pro libertad de los mercados. El derrumbe del Muro de Berlín en 1989 apareció como la rúbrica del fracaso del autoritarismo en nombre del socialismo. En América Latina las dictaduras autoritarias dieron lugar a democracias políticas[14]. En el Perú, las posibilidades de aquella de-

(11) Según el Acta de Fundación del 14 de julio de 1988: "'El doctor Luis Aparicio Valdez manifestó que había invitado a los doctores Mario Pasco Cosmópolis y Roger Zavaleta Cruzado con el objeto de tratar acerca de la constitución de una asociación de naturaleza científica, cuya finalidad principal sería la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario del Derecho de Trabajo, así como de la Seguridad Social' (...). Para este efecto, después de deliberar, los concurrentes por unanimidad acordaron constituir la asociación referida, la cual se denominará Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, procediéndose a redactar los estatutos, acordando efectuar las gestiones para elevar a Escritura Pública dicha constitución y solicitar la inscripción correspondiente en el registro respectivo". Formalmente se constituyó el 11 de agosto de 1988 por escritura pública otorgada ante el Notario Carlos Augusto Sotomayor siendo esta considerada como su fecha de aniversario.

(12) Artículo 4 del Estatuto de la Sociedad Peruana de Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

(13) Editorial de la Revista Laborem, N° 1, 1994, p. 1.

(14) El ciclo de retorno al régimen democrático comenzó en 1979 en Ecuador y en Nicaragua, seguido en 1980 por el Perú, en 1982 por Bolivia y Honduras, en 1983 por Argentina, en 1984 por El Salvador, en 1985 por Brasil y Uruguay, en 1986 por Guatemala y en 1989 por el Paraguay, y en 1990 por Chile. Además, varios países emprendieron reformas constitucionales (Ecuador en 1978, Perú en 1979, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1986, Brasil en 1988 y Paraguay en 1992, entre otros). Por otro lado, en Chile y Brasil el

mocracia, plural y abierta, se ahogaron no por la incapacidad inherente del régimen político sino por la crisis económica de magnitud gigantesca que vivimos. Por otro lado, lo social mostraba sus nuevos rasgos y complejidades y la política empezaba a girar en torno a los medios televisivos y al marketing. Fueron significativas las convocatorias del nuevo liberalismo, con sus abanderados Mario Vargas Llosa y Hernando de Soto. La vida masiva en la ciudad, la proliferación del autoempleo de los pobres y la crisis de la industrialización sustitutiva, trajeron desafíos que quedaron abiertos.

En efecto, la crisis extrema de hiperinflación y terrorismo, más la debacle de todos los partidos, incluido el liberalismo democrático, facilitaron el cambio a que un recién llegado organizara un gobierno inesperado. Él logró una coalición de todas las élites de poder fáctico y al mismo tiempo el apoyo popular mayoritario.

III. LOS NOVENTA Y LO MUCHO QUE HA CAMBIADO

1. Flexibilización del mercado de trabajo

Con la globalización llegaron al mercado mundial nuevas culturas empresariales, nuevas *savoir faire* y nuevas escuelas[15] de organización que significó la flexibilización del mercado de trabajo en cuanto a la producción de bienes y servicios. Es decir, esa flexibilización se desarrolló paralelamente al proceso de globalización económica, que ambos afectaron el funcionamiento de los Estados nacionales, las empresas y los sindicatos[16]. Fenómeno que empezó en América Latina, con el neoliberalismo como ideología y formación socioeconómica, fue extremo, propiamente fue desregulación o desreglamentación que suponía "una drástica reducción de niveles de protección legal, e incluso colectiva, con supresión de normas, para conseguir que las condiciones de trabajo se fijen con el libre acuerdo de las partes, retornando al juego del

encuentro entre democracia política y proyectos importantes de cambio social se procesaron más positivamente y se dieron experiencias políticas creativas importantes.

(15) Además del modelo alemán en los años 70 y 80 tuvieron notoriedad los modelos italiano, sueco y japonés. Pero en todos significaba flexibilización laboral que ha llevado a una redistribución más inequitativa del producto y de los sistemas de producción.

(16) En cuanto a la evolución y tendencias de las relaciones de trabajo en Europa frente a la crisis, a la reestructuración económica y la globalización, ver el libro de Georges Spyropoulos, *La relación del trabajo en Europa: tendencias actuales y perspectivas futuras*. Buenos Aires, Asociación Trabajo y Sociedad, 1997. Y para América Latina, como texto general globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones, Andrés Pérez Baltodano (Edit., Venezuela: Nueva Sociedad, 1997).

mercado de trabajo. En el fondo, lo que late en la desregulación, es un deseo de volver a los orígenes, de retorno a los viejos dogmas de la doctrina liberal pura; (...) la desregulación supone poner en duda los principios mismos del Derecho del Trabajo. La desregulación requiere en alguna medida y de forma paradójica la intervención estatal, a través de las leyes que se limiten a asegurar el libre juego de la autonomía individual (...)"[17].

Un importante estudio de la OIT, dirigido por María Luz Vega[18] sobre el tema, señala que en Argentina y el Perú las reformas han sido las más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador; asimismo, se puede observar en el siguiente cuadro, la orientación de las reformas laborales en otros países de América Latina.

Orientación general de las reformas laborales en América Latina[19]

Reformas profundas marcadamente flexibilizadoras	Reformas menos extensas en perspectiva flexibilizadora	Reformas flexibilizadoras de menor corte	No se aplicaron reformas pero sí cambios con tendencia flexibilizadora
Argentina Perú	Brasil Colombia Panamá	Chile Ecuador Guatemala Nicaragua República Dominicana Venezuela	Bolivia Honduras México Uruguay El Salvador Paraguay

2. La reforma laboral flexibilizadora de 1991

La reforma laboral flexibilizadora en el Perú iniciada en 1991 abarcó cuatro ámbitos fundamentales: derechos individuales, derechos colectivos, normas procesales y dispositivos sobre seguridad social a través de medidas que han modificado la relación entre trabajador y empleador, hacia un nuevo Derecho del Trabajo y una nueva Seguridad Social[20].

En materia de derechos individuales, se reformó la institución central del Derecho Laboral: el contrato de trabajo, de donde provienen todos los

(17) BLASCO PELICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. CES, Madrid, 1995, pp. 31 y 32.

(18) VEGA RUIZ, María Luz (editora). *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*. 1ª edición. Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, Lima, 2001.

(19) Cuadro elaborado por Adolfo Ciudad Reynaud basándose en la información del citado trabajo de María Luz Vega.

(20) Al respecto, ver GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo y ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Dos Modelos de reforma laboral: Perú y España*. Edial, Lima, 1998.

derechos de los trabajadores. Por ello, el epicentro de la reforma fue el contrato de trabajo[21]. Y el principal efecto fue la multiplicidad de formas de contratación temporal, con requisitos legales tan amplios que permiten su utilización casi en cualquier circunstancia. Esta temporalidad es entendida como precariedad en el empleo, tanto porque aumenta la incertidumbre en los trabajadores e "introduce un elemento de ineficiencia en la relación laboral, ya que el trabajador empleará parte de su tiempo (y de su capacidad productiva) en protegerse ante una posible terminación del contrato (...)"[22].

Así, en cuanto a formas de contratación, el Perú pasó a tener uno de los mercados de trabajo más flexibles del ámbito latinoamericano. El paso de un mercado laboral rígido a un mercado laboral flexible como resultado de la aplicación de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo Nº 728 de noviembre de 1991 y sus modificaciones). Esto provocó que el desempleo se agravara no de quienes quieren trabajar por primera vez, sino como el resultado de la rotación y el intento de regresar de quienes ya han tenido experiencia, porque los contratos tienen poca duración.

En cuanto a los derechos colectivos, podemos señalar, como resultado de la reforma laboral, el debilitamiento y desaparición de muchas organizaciones sindicales, en momentos que estas atravesaban por una crisis ideológica, organizativa y de representación[23]. Esto fue efecto de la aplicación del Decreto Ley Nº 25593 del 2 de julio de 1992, que establecía limitaciones a la libertad sindical[24]. En cuanto a la huelga podemos señalar que, durante el periodo estudiado, han disminuido ostensiblemente. Sin embargo, la conflictibilidad ha estado latente sin manifestarse por el cambio de reglas de las relaciones laborales[25].

(21) Por otro lado, la flexibilización del salario tuvo dos orígenes: uno de carácter micro y otro macro. El primero, derivado de la puesta en práctica de nuevas formas organizativas que no se corresponden con la segmentación del trabajo que caracterizó el sistema taylofordista y que permitía asignar la remuneración de acuerdo a un puesto de trabajo determinado. El segundo, los nuevos sistemas de remuneración, de carácter macro, es el que está teniendo mayores consecuencias sobre los ingresos de los trabajadores. La internacionalización de los mercados, como parte de la globalización de la economía, ha conducido a que la expansión de los aparatos productivos se haga en función del mercado externo, rompiéndose, por tanto, la relación que existía anteriormente entre salario y consumo.

(22) GARAVITO, Cecilia. *Intervención del Estado en el mercado de trabajo: Ley de Fomento del Empleo, documento de trabajo Nº 125*. Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 1996, p. 18.

(23) Un riguroso análisis de la organización sindical en el trabajo de VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Documento de la OIT, Nº 114, 1999.

(24) Guillermo Boza Pró pone de manifiesto los límites del Decreto Ley Nº 25593: "Nueva regulación de las relaciones colectivas de trabajo". En la *Revista Asesoría Laboral*, julio 1992, pp. 14-17.

(25) Ver el trabajo de ERCILIO, Francisco y VALLADARES, Konrad. *Desregulación y discriminación en las relaciones laborales, los sectores textiles, confecciones y agroexportador en el Perú 1978-2011*, CEDAL, Lima, 2013.

Respecto a la administración de justicia laboral, la reforma no ha logrado superar el problema de la autonomía procesal. Con la Ley Nº 26636 del 24 de junio de 1996, se ha vuelto a las normas civiles a pesar de que el procedimiento laboral debe responder a otros criterios y contar con principios propios. Si bien el procedimiento laboral tiene, en gran parte, similitud con el procedimiento común, debe excluirse la utilización de normas civiles, porque en el procedimiento civil no se encuentra tan desarrollado el aspecto social como en el laboral[26]. En enero del 2010 se aprobó la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 29497 que derogó la anterior.

Finalmente, el 6 de diciembre de 1992, se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), mediante el Decreto Ley Nº 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país[27]. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP[28]. Sin embargo, los costos hundidos de tipo endógeno han llevado a encarecer el servicio[29], debido a que estos gastos constituyen la principal fuente de diferenciación ante una inexistencia de competencia de precios que llevó a una reforma el año 2012 con la Ley Nº 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones.

IV. LA ÚLTIMA DÉCADA Y LA BONANZA ECONÓMICA

1. Bonanza exportadora

A fines de la década del 90, después de resolverse la hiperinflación y el terrorismo, el proceso político nacional peruano fue simultáneo y convergente

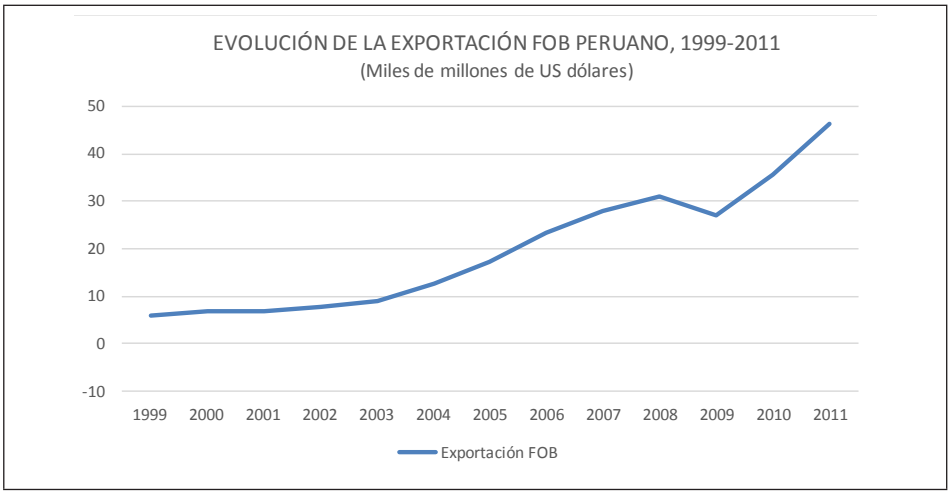
(26) El proceso laboral era lento, burocrático, formalista y no expeditivo. Además, eran escritos, complejos y se encontraban diseñados para que duren entre 4 a 6 años como mínimo. Los jueces tenían una competencia reducida y muchos magistrados laborales no tenían la especialidad que se requiere en esta rama especial del Derecho. Asimismo, persiste la crisis del Poder Judicial "Frente a la creciente autonomía de los diferentes sectores de la vida social propiciada por el fenómeno de la globalización con sus racionalidades específicas y muchas veces incompatibles entre sí que conducen a la ampliación de los sistemas autoorganizados y autorregulados"; como señala el profesor de filosofía y sociología jurídica de la Universidad de Sao Paulo - Brasil, José Eduardo Faria en su artículo "La globalización y el futuro de la justicia". En: *Revista Trabajo y Seguridad Social*. Lima, octubre 1997, p. 64.

(27) Un documento muy importante es el especial, sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por Luis Aparicio Valdez, en la Revista *Análisis Laboral*, vol. XXV, Nº 283, enero 2001.

(28) El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un SPP.

(29) Un sistema pensionario depende fundamentalmente de varios factores de orden estructural: la composición de edades (esperanza de vida), el funcionamiento de sus mercados laborales, el tamaño de la fuerza laboral activa y sus niveles de productividad y salario, así como la cuantía de la cotización y la existencia efectiva de una planilla con beneficios sociales.

con los cambios mundiales y eso le dio solidez al gobierno de entonces, quien cayó por corrupción y por su intento de prolongar su duración. Y en la década del 2000, el país volvió a vivir una bonanza económica con el crecimiento en todos los sectores, especialmente la exportadora de materias primas, al igual de la época del guano. Ver el siguiente gráfico.



Fuente: INEI, *Perú compendio estadístico 2012*, Lima, 2012, p. 104.

Por otro lado, en el 2012, la balanza comercial presenta un superávit de US$ 4,528 millones, con lo cual se acumularon 10 años consecutivos sin déficit de balanza comercial(30). De ese modo, en los primeros diez años del 2000 se vivió la sensación que el progreso en el volumen productivo de la economía traería el bienestar general. Además, la economía mundial continuaba materialmente poderosa y organizada en los mismos términos de menos regulación extraeconómica(31), pero había signos de crisis. Así, la crisis financiera iniciada en setiembre del 2008 probó que la búsqueda de ganancias sin control, especialmente en las transacciones financieras, lleva primero a la corrupción y luego a la quiebra. Esa crisis tiene como impacto la crisis social, crisis de la inversión y el crédito, el déficit público, el desempleo abierto, a pesar de que Estados Unidos finalizó el 2012 creciendo en un 2.2 %. Pero a lo largo de Europa

(30) Según el Banco Central de Reserva del Perú, Balanza de pagos desde 1950, Estadísticas del BCRP, Lima, 2012.

(31) La globalización capitalista se extendió en el mundo y es la década de la hegemonía del "pensamiento único", expresada en el libro de Francis Fukuyama (*The End of history and the Last Man*).

se observa un estancamiento de la actividad económica, con la lenta recuperación de Francia y Alemania, la recaída de Suecia y Gran Bretaña y la extensión de la crisis en países como España, Grecia, Portugal, Irlanda e Italia. En ese sentido, "la caída de Wall Street es para el fundamentalismo de mercado, lo que la caída del muro de Berlín fue para el comunismo (...)"(32).

2. ¿Reforma laboral constitucional?

En 1993, luego de la interrupción del régimen democrático, se adoptó una nueva Constitución Política que reguló sensiblemente a la baja de los derechos laborales y sociales respecto a la Constitución de 1979. Y se ubica, dentro de la clasificación tradicional, como "producto de un esfuerzo deliberado del Estado que establece de una vez para siempre un cuerpo de provisiones coherentes, de acuerdo con las cuales y por las cuales su gobierno se ha de establecer y regir"(33).

Sin embargo, luego de la caída del régimen autoritario y del retorno a la democracia en noviembre del 2000, se ha puesto en marcha un consistente proceso de reforma constitucional a través del Tribunal Constitucional (TC) que modificó sustancialmente los temas más importantes de los derechos laborales como la estabilidad laboral y derechos previsionales(34). En la doctrina constitucional, los órganos encargados de la constitucionalidad tienen una naturaleza binaria: jurídico y político. Así, en el caso peruano el Tribunal Constitucional ha señalado que "dada su condición de supremo intérprete sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político (…)"(35). En tal sentido, el elemento jurídico se plasma de dos modos: como regulador cuando se di-

(32) STIGLITZ, Joseph, en el libro colectivo. *La crisis económica mundial*. Editorial Oveja Negra, Quintero editores, Bogotá, 2008, p. 61.

(33) BRYCE, James. *Constitución flexible y constitucionales rígidas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 7.

(34) No obstante, en el periodo, tenemos dos leyes importantes: la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, del 15 de enero de 2010 y vigente desde el mes de julio del mismo año, que incorporó la oralidad como medio distintivo del proceso laboral actual. Y tiene como objetivo superar los graves problemas del volumen de los procesos laborales y hacer efectivos los derechos sustantivos de los trabajadores. Asimismo, la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, del 20 de agosto de 2011, que tiene la finalidad de promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país, para ello regula el deber de prevención de los empleadores, el rol fiscalizador y control por parte del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, y propone políticas públicas a través del diálogo social para la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia.

(35) Expediente Nº 0050-2004 y otros AI/TC-2005, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley Nº 27600.

rimen conflictos en general y como legislador "negativo" cuando se declara fundada una inconstitucionalidad. Y el elemento político "queda patentizado, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos"(36).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano estableció también la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional(37). Así, se establece dos clasificaciones: la primera, comprende las sentencias de especie y de principio; la segunda, las sentencias estimativas que pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas e interpretativas manipulativas, y las sentencias desestimativas que pueden ser por rechazo simple o por sentido interpretativo. De la mencionada clasificación debemos resaltar las sentencias de principio, que son las que determinan propiamente la jurisprudencia constitucional en tanto interpretan el alcance y el sentido de las normas constitucionales y constituyen los precedentes vinculantes(38). Estas sentencias se refieren a temas relevantes para el país como interés colectivo para la convivencia pacífica.

El precedente constitucional vinculante "es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga"(39). De ahí la importancia de los precedentes en cuanto a los efectos que tienen similares a una ley. El propio TC peruano señala cuáles son los precedentes vinculantes en materia laboral y previsional. Cabe en este punto mencionar los precedentes vinculantes del TC en materia de derechos laborales, específicamente el de la estabilidad laboral, y que, en ese sentido, el TC ha desarrollado respecto al derecho al empleo consagrado en el artículo 22 de la Constitución. En materia previsional, se pueden agrupar, con un criterio temático y temporal, tres grandes tendencias en el quehacer del TC, las cuales son la introducción del

(36) GARCÍA TOMA, Víctor. "El Tribunal Constitucional: la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas - interpretativas normativas". En: *Revista Laborem de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 5, año 2005, p. 17 y ss.

(37) Exp. Nº 004 - 2004 - CC/TC, en el proceso de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

(38) Podemos citar en materia laboral: Expediente Nº 1124-2001-AA/TC, FETRATEL en contra de Telefónica; Exp. Nº 976-2001-AA/TC, Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica; Exp. Nº 206-2005-PA/TC, Antonio Baylos Flores en contra E.P.S. EMAPA. En materia previsional: Expediente Nº 0010-2002-AI/TC, en el proceso seguido contra los Decretos Leyes Nºs 25475, 25659, 25708 y 25880; Exp. Nº 015-2001-AI/TC y Exp. Nº 024-2001-AI/TC, en los procesos seguidos contra el Decreto de Urgencia Nº 055-2001.

(39) García Belaunde, Domingo. *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*.

derecho al mínimo vital, criterios para la movilidad en el sistema previsional y la inserción de la díada trabajo - riesgo.

V. ETAPA DE DESACELERACIÓN ECONÓMICA Y LOS GRANDES DESAFÍOS

Hemos empezado estos tres años de una nueva década y un periodo económico preocupante: la desaceleración del crecimiento económico de América Latina respecto a los años anteriores. Esto, en varios países, porque el dinamismo de la inversión, sobre todo, en las exportaciones netas incidieron en la desaceleración por un marcado enfriamiento de la demanda externa, especialmente en Europa y Asia.

En nuestro país, existe la sensación que la década pasada fue una oportunidad perdida: "Pudiéramos haber aprovechado al principio de esta tendencia a generar recursos de sobre ganancia mayores y destinarlos a mejoras de infraestructura, a mejoras educativas, en fin a los temas de mediano y largo plazo. Pudimos haber generado capacidad para prevenir las tendencias negativas de la economía internacional, tanto en el campo financiero, para evitar la salida brusca de capitales y los vaivenes de los precios y la demanda internacional (...)"(40). También "durante los veinte años de gobiernos neoliberales hemos visto impostura y corrupción, envilecimiento de la política, alianza entre poder político y poder económico (...)"(41).

Todo lo dicho muestra que estamos entrando a un momento histórico clave, a un nuevo tiempo de debate para superar los problemas indicados. Por ello, es necesario hacer esfuerzos adicionales para mejorar y superar el problema del empleo que facilite el crecimiento y también incorporar políticas de seguridad social que desarrolle mecanismos efectivos de integración social para todos. Así, los frutos del crecimiento económico deben repercutir en el mejoramiento del bienestar de todos.

1. Superar el problema del empleo

El propósito es lograr que la mayoría de nuestro país pueda acceder a un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad

(40) DURAND, Francisco. Entrevista en el diario *La República*, domingo 25 de agosto de 2013, p. 20.

(41) TANAKA, Martín. "Neoliberalismo y republicanismo". En el diario *La República*, domingo 29 de setiembre de 2013, p. 8.

humana. Esto contribuiría con el desarrollo económico y social del país, a través de la generación de empleo en forma sostenida, en un marco de eficiencia, productividad, competitividad y justicia. Lo que implicaría consolidar los logros alcanzados en el respeto y aplicación de la legislación laboral. Entonces, promover el empleo y el trabajo decente[42], incentivando la incorporación al mercado laboral de los jóvenes, ayudará a romper el círculo de pobreza que se presenta en nuestro país.

Por otro lado, es importante perfeccionar la democratización de las oportunidades que se abren en el mercado, a través de la formulación y ejecución de políticas activas que se reflejarán en un moderno y eficiente servicio público de empleo y de desarrollo de los recursos humanos, que facilite los flujos de oferta y demanda de la fuerza laboral y que funcione de forma integrada con los servicios de formación profesional. Tener una mayor y mejor información del mercado de trabajo posibilitará un monitoreo más efectivo y será, a su vez, un elemento catalizador y dinamizador de las políticas diseñadas.

Finalmente, se debe promover la adecuación de la legislación laboral nacional a los convenios internacionales de trabajo ratificados por nuestro país, en particular el cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, como base para el desarrollo económico y social a través de la promoción de una cultura de diálogo, búsqueda del consenso entre el gobierno y los interlocutores sociales.

Además, la institucionalización del diálogo en el país a través del Consejo Nacional de Trabajo es fundamental. Este espacio de diálogo requiere ser fortalecido tanto en su operación como en la propia participación de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, de forma tal que sean efectivamente capaces de fortalecer el sistema democrático y contribuir al desarrollo sociolaboral y productivo del país.

Asimismo, se debe aprobar una norma que reúna en un solo texto la legislación laboral dispersa, previamente consensuada por los actores sociales de manera tripartita entre trabajadores, empresarios y el Estado; es decir, una legislación unificada en un solo texto legal que permita un mayor conocimiento de la misma por parte de sus actores, por la ciudadanía en general y

(42) La problemática del empleo sigue siendo el eje de las preocupaciones sociales en nuestro país por los efectos de la flexibilización de la relación laboral y, dado que el trabajo humano es considerado como una actividad orientada hacia un fin que posibilita a satisfacer sus necesidades y desarrollarse como persona, la pérdida y la consecuente reducción de los puestos de trabajo se convierten en serios límites de la flexibilización.

permita su mejor interpretación y aplicación; asimismo, supere la legislación actual que es dispersa y contradictoria en muchos casos[43].

2. Seguridad Social para todos

La Seguridad Social no es solamente que algunas personas cobren pensiones o beneficios a fin de mes, es un sistema de protección social universal que debe ser integrante del desarrollo económico y social de un país. Ciertamente hay mucho camino que recorrer, pero también muchos mitos que desvelar si se quiere tener en general niveles mínimos de Seguridad Social. En ese sentido, es un desafío plantear para nuestro país la implementación de la Seguridad Social para todos[44]; en tanto dista mucho de lo que es la previsión social. Es decir, Seguridad Social para todos se entiende como protección a toda la población especialmente contra riesgos y contingencias sociales; aunque el centro siga siendo el trabajador, a partir del cual la protección se iría extendiendo a su familia y a otros sectores sociales.

En el sistema de pensiones, deberíamos implementar un modelo mixto de jubilación que combine el sistema público, como componente básico y obligatorio, con el régimen de capitalización plena e individual como complemento. Es decir, un sistema público con una pensión básica y prestación definida bajo un sistema de reparto y el de capitalización, otorgaría un monto adicional sobre los aportes voluntarios. Tendría dos componentes, superando el modelo dual o paralelo. Respecto al sistema de salud, es fundamental el acceso universal real a los servicios de salud y a la Seguridad Social, con participación ciudadana y del Estado. Es decir, proponemos una nueva vía de desarrollo del sistema de salud en el Perú, que consiga los objetivos básicos de toda Seguridad Social mediante la acción determinante del Estado, sin que esta excluya la iniciativa privada.

Finalmente, la propuesta de implementación de la Seguridad Social como vía posible debe surgir de una nueva ecuación de planificación y mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia del Estado, para enfrentar con éxito los problemas reseñados en líneas arriba. De esta manera avanzaremos en la construcción de una sociedad que haga compatible el desarrollo material con la equidad social y la democracia.

(43) Al respecto, la *Revista Laborem* en su número 3 del 2003 ha dedicado importantes estudios, con el contenido de "Ensayos sobre el Anteproyecto de Ley General del Trabajo".

(44) La perspectiva de la Seguridad Social como derecho humano y política social redistributiva y como ethos normativo que defina valores e ideales.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En estos 25 años se han registrado cambios positivos en materia laboral, pero tenemos que distinguir los coyunturales de los estructurales que marcan la tendencia. Lo que cuenta son los resultados. Y uno de los principales problemas es la falta de empleo, y el empleo en un país es el mejor reflejo –o testigo– del conflicto permanente entre lo social y lo económico, entre la equidad y la eficiencia, entre la acumulación en los asientos contables o el bienestar de las familias.

La realidad económica en nuestro país pone de manifiesto que los ajustes laborales resultaron insuficientes: más del 70 % de la PEA se encuentra en situación de subempleo, la desigualdad en la distribución del ingreso ha empeorado: el 10 % de la población concentra el 80 % de la riqueza generada y el resto, o sea 90 % de ella, accede solo al 20 % de la misma. Persiste y se profundizan los problemas estructurales del empleo.

Finalmente, el recuerdo de los 25 años de la SPDTSS nos autoriza a plantear los desafíos y recordar que la historia del Derecho Laboral, tanto en el plano internacional como en el nacional, está marcada por la constante intervención estatal o juridificación para regular las relaciones laborales y así cubrir con su manto protector aquellos sectores del mundo del trabajo que tienen una excepcional necesidad de ello.

LA FLEXIBILIDAD REVISITADA: A 25 años de las reformas laborales sobre contratación temporal

CARLOS GUILLERMO MORALES[1]

"Aunque no es fácil generalizar, so pena de incurrir en un simplismo rechazable, cabe afirmar que si el derecho del trabajo sufre modificaciones que impiden obtener el margen de beneficio normal (…) y que implican afrontar un nivel de riesgo anormal, se estarán sentando los pilares de su inoperancia y a plazo mayor o menor, tales reformas se volverán contra los que aparentemente habían sido favorecidos con ellas"[2].

Juan Antonio Sagardoy

I. EL ESCENARIO POPULISTA: 1985-1990

A nuestro juicio, la reflexión de Sagardoy sintetiza con meridiana claridad lo que representa el Derecho del Trabajo para el logro del desarrollo económico y el progreso social. Aislar las leyes asumiendo que tienen el poder mágico de transformar la realidad sin considerar sus efectos económicos,

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex asesor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex asesor principal de la Presidencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso. Consultor del Banco Mundial, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y del Programa Facilitando Comercio de Usaid. Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Laborales de la Cámara de Comercio de Lima.

(2) Citado por: APARICIO VALDEZ, Luis. *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. AELE, Lima, 2011, p. 218.

es uno de los errores más frecuentes en que han incurrido los responsables de conducir nuestras políticas públicas.

Hace 25 años el Perú sufrió el experimento heterodoxo del primer gobierno de Alan García. Durante los dos primeros años el crecimiento del PBI superó los dos dígitos (20 %), alentado por políticas de estímulo al consumo y redistribución del ingreso que permitieron un ciclo expansivo de la economía. Como recuerda Efraín Gonzáles: *"En 1987 todos parecían haber ganado: empresarios, trabajadores y hasta los olvidados campesinos"*(3).

Al inicio de 1988 la economía presentó serios desequilibrios macroeconómicos, lo cual motivó la aplicación de un drástico ajuste fiscal en el mes de setiembre que no se profundizó para evitar la caída en los ingresos de los trabajadores, desencadenándose la espiral hiperinflacionaria con el desplome de los principales indicadores en los dos años siguientes: PBI (-16.1 %), presión tributaria (3.5 % del PBI), déficit fiscal (4.5 % del PBI), reservas internacionales (-130 millones de dólares), contrayéndose los salarios en 42 % y los sueldos en 56 %(4).

Paradójicamente, dos años atrás, y como parte de las medidas auspiciadas para el segundo año del gobierno de Alan García, se produjo una curiosa convergencia de regímenes legales de contratación laboral y de despido: por un lado, el Congreso de la República había aprobado la Ley Nº 24514, nueva ley de estabilidad en el trabajo, que fijó un periodo de tres meses para adquirir la estabilidad laboral, y 40 días después, el Poder Ejecutivo al amparo de la facultad otorgada en el artículo 211, inciso 20 de la Constitución, dicta el Decreto Supremo Nº 018-86-TR, creando el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem), que permitía contratar trabajadores a plazo fijo sin cumplir los requisitos legales que exigía la normativa vigente, Decreto Ley Nº 18138.

Este último decreto establecía que los contratos de trabajo a plazo fijo solo podían celebrarse "*en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar*"(5), requiriéndose para su validez la forma escrita y su aprobación por la Autoridad Administrativa de Trabajo(6). Caso contrario, se considera celebrado a tiempo indeterminado.

(3) GONZALES DE OLARTE, Efraín. *El péndulo peruano. Políticas económicas, gobernabilidad y subdesarrollo, 1963-1990*. IEP, Lima, 1990, pp. 34-5.

(4) Ibídem, p. 37.

(5) Ver artículo 1 del Decreto Ley Nº 18138.

(6) Ver artículos 2 y 3 del Decreto Ley Nº 18138.

Como señalaba Carlos Blancas, Ministro de Trabajo en el primer año de gestión de García: "Siguiendo una lógica tradicional, se partió de la idea que el empleo sería estimulado e incrementado mediante la 'flexibilización' del régimen de contratación laboral, suprimiendo la exigencia de que dicha forma de contratación está supeditada a la necesidad de labores temporales o accidentales. De esta suerte, bajo el régimen del Proem, las empresas del sector privado podían contratar trabajadores a plazo fijo sin la obligación de acreditar la naturaleza accidental o temporal de las labores a efectuar"(7).

Sanguineti, señalaba igualmente, en sentido crítico que: "el requisito de la existencia de un motivo objetivo que justifique la concertación del contrato de trabajo de duración determinada, sobre el cual sienta sus bases el derecho de estabilidad en el trabajo que nuestra Constitución consagra, es suprimido para los empleadores que se acojan al Proem (…) la norma procede, desvinculando el tipo contractual a ser adoptado de la naturaleza de la actividad a desarrollar, a autorizarlos para celebrar contratos temporales con su personal, cualquiera que fuese el carácter de la necesidad empresarial a ser atendida"(8).

Para Pasco, el problema esencialmente era uno de forma, toda vez que se habría suspendido una norma legal –el Decreto Ley Nº 18138– a través de un decreto de urgencia, con lo cual "el problema es superable: basta que el Parlamento lo convalide, atribuyéndole rango de ley al decreto supremo o dictando una ley de contenido similar"(9).

Al margen del cuestionamiento sobre la ilegalidad del D.S. Nº 018-86-TR, el tema de fondo que se planteaba era como podían coexistir dos sistemas de contratación laboral totalmente contrapuestos.

En efecto, por una parte, regía este sistema de contratación de emergencia por un plazo inicial de dos años, que permitía celebrar contratos a plazo fijo sin necesidad de acreditar una causa objetiva, que debía consistir en la necesidad a ser atendida por un tiempo determinado, y por la otra, el régimen de contratación a plazo fijo "ordinario", regulado por el Decreto Ley Nº 18138, el cual, dicho sea de paso, tenía nula aplicación práctica, al requerir de la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

(7) BLANCAS, Carlos. *El derecho de estabilidad en el trabajo*. ADEC-ATC,Lima, 1991, p. 98.

(8) SANGUINETI, Wilfredo. *El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana*. En: *Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco, Lima, 1989. pp. 105-6.

(9) PASCO, Mario. "Extinción de la relación laboral en el Perú". En: *La extinción de la relación laboral en Latinoamérica*. AELE, , Lima, 1987, pp. 264-5. También puede verse nuestro artículo "Estabilidad laboral y contratación temporal: el caso del Proem". En: *Análisis Laboral*. Mayo de 1988.

Respecto a los objetivos del Proem, el decreto, en su artículo 1, únicamente hacía referencia a *"combatir la desocupación y mejorar el ingreso de los sectores menos favorecidos de la población"*, medida que se emparentaba con la implementación del denominado Programa de Atención al Ingreso Temporal (PAIT), orientado a los sectores de extrema pobreza, creado al inicio del gobierno de García.

Sin embargo, la mesa para la controversia estaba servida. Un sector de la doctrina nacional formuló objeciones a la coexistencia de estos regímenes de contratación, por cuanto no solo se estaría poniendo "entre paréntesis" el principio de estabilidad en el empleo, sino postulando su eliminación, al prevalecer la voluntad del empleador, respecto del dato objetivo que justificaría la duración temporal de la prestación del trabajador(10).

El segundo aspecto cuestionado radicaba en que si se le permitía al empleador celebrar contratos Proem para necesidades permanentes u ordinarias de la empresa sin ninguna restricción, ello posibilitaría que a través del simple recurso de la no renovación del contrato, los trabajadores se vean privados de su derecho a la estabilidad, *"aunque las labores que les dieron origen persistan en el tiempo"*(11).

A nuestro modo de ver, con el Proem se plantea por primera vez el debate sobre la flexibilidad laboral, relacionándose el aspecto de la contratación laboral y el del despido, al margen de las diversas formas y modalidades que puedan adoptar estas figuras jurídicas. Lo que se discute en buena cuenta es cuan rígida o flexible puede ser la regulación "de entrada" o "de salida" del mercado de trabajo; y esta discusión no solo es jurídica, como se analiza seguidamente.

Aparicio Valdez, siempre al tanto de los acontecimientos del mundo del trabajo, señalaba: *"la crisis económica ha traído un término que ya domina los eventos internacionales y que cada vez se difunde más: es el de la 'flexibilización laboral'"*, advirtiendo que este vocablo había sido utilizado por el Director de la OIT en la Memoria correspondiente al año 1986, en el sentido *"que*

(10) Sanguineti señala: *"la coexistencia de ambos sistemas no es jurídicamente posible. En realidad, con el establecimiento de una modalidad contractual a través de la cual se faculta al empleador para contratar temporalmente a trabajadores que realicen labores permanentes, no se está creando una 'excepción' al 'Principio de Estabilidad en el Empleo', sino que se está suprimiendo su aplicación efectiva"*. En: *Trabajo y Constitución*. Ob. cit. pp. 105-6.

(11) Ídem.

sería posible crear un gran número de puestos de trabajo si el mercado de trabajo llegara a ser más flexible"[12].

En la misma línea de reflexión, Sanguineti señalaba que: *"La creación del Proem se inscribe así dentro del proceso de cuestionamiento que, en el derecho comparado, se ha llevado a cabo de la estabilidad en el empleo, dentro del cual los autores han discutido su validez en épocas de crisis económicas (por considerar que imprime excesiva 'rigidez' a las plantillas de trabajadores e inhibe la creación de puestos de trabajo), y ciertos ordenamientos han adoptado sistemas excepcionales que fomentan la contratación temporal incluso para la atención de necesidades permanentes de las empresas*"[13].

El Proem fue sucesivamente renovado por dos años más, en 1988 (año de fundación de la SPDTSS), y por un periodo adicional de 6 meses más, mediante Decreto Supremo Nº 043-90-TR, computados desde el 31 de julio de 1990, concluiría en sus efectos el 1 de enero de 1990, último año del gobierno de Alan García, coincidiendo con la convocatoria a elecciones políticas generales, en que resultaría elegido Alberto Fujimori, luego de una reñida contienda electoral en que derrotaría al ilustre escritor y futuro premio Nobel de literatura, Mario Vargas Llosa.

II. AJUSTE ESTRUCTURAL Y REFORMA LABORAL: 1990-2000

Las condiciones en que dejó a la economía nacional el primer gobierno de Alan García fueron catastróficas. Sus principales indicadores macroeconómicos fueron señalados líneas arriba[14].

Paradójicamente, el ganador de las elecciones, Alberto Fujimori, durante la campaña electoral había postulado un programa de corte populista y heterodoxo, en abierta contraposición al programa de gobierno de Vargas Llosa, que proponía la aplicación de un drástico programa de ajuste y estabilización para combatir la hiperinflación y la implementación de un conjunto de reformas de corte liberal, destinadas a impulsar la iniciativa privada, y a

(12) Citado en: *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. Ob. cit. p. 217.

(13) SANGUINETI. Ob. cit. p. 108.

(14) Jaime Saavedra señala que estos desequilibrios se gestaron en el año 1988. En agosto de 1990 la inflación había llegado a tasas superiores al 30 % mensual, y el PBI había caído en 1989 a casi -12 %. Ver: "Generación de empleo y evolución de los ingresos y la productividad en el Perú (1990-1998)". En: *Apertura económica y empleo: Los países andinos en los noventa*. OIT, Lima, 2000, p. 161.

reducir la intervención estatal en la economía, a través de un agresivo programa de privatizaciones.

Sin embargo, instalado en el gobierno, Fujimori no solo recogió las líneas maestras del programa de gobierno del Fredemo, sino que las implementó en su integridad, adoptando incluso algunas de sus iniciativas legislativas en el Congreso –aún bicameral– instalado en julio de 1990, en el que no contaba con mayoría, puesto que había obtenido la segunda mayoría relativa por haber ganado las elecciones presidenciales en el denominado *ballottage* o segunda vuelta.

Durante la campaña, Vargas Llosa postuló abiertamente la necesidad de una reforma laboral que se asentara en la flexibilización del Derecho Laboral, tanto en su vertiente "de salida" 0referida al despido y a la necesidad de aplicar un régimen de estabilidad relativa, en contraposición a la Ley Nº 24514 de García– como en la "de entrada", la que de paso, perfeccionaba y profundizaba el régimen legal del Proem al darle un marco legal adecuado y la seguridad jurídica que demandaba el sector empresarial.

Por ello, los ejes del debate fueron desplazados del contexto exclusivo de la "crisis económica" al de una reforma que demandaba ajustes de carácter estructural y que apuntaban al corazón mismo del Derecho Laboral clásico, que era el principio de estabilidad en el empleo.

Recogiendo este concepto, Aparicio Valdez, hacia 1990 señalaba que *"el concepto de flexibilidad es una derivación de la terminología económica respecto al funcionamiento óptimo del mercado laboral en las condiciones ideales de la teoría liberal, que viene cobrando vigencia en estos momentos, como consecuencia de la crisis económica mundial. Mucho de lo positivo que pudiera tener, depende por lo tanto, de la existencia de relaciones económicas de mercado"*(15).

Abonado el terreno en el plano económico, a nivel político la oportunidad de aplicar los conceptos de la flexibilidad laboral llegaría con la Ley Nº 25327, mediante la cual el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar leyes en materia de promoción de acceso masivo al trabajo y creación de nuevas oportunidades de empleo, para lo cual utilizaría dos mecanismos normativos: la flexibilización de la contratación laboral y la adecuación de la normativa de la pequeña empresa, microempresa y del trabajo autónomo.

(15) En: *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. Ob. cit. p. 220.

Empero, la delegación de facultades que recibiría el Poder Ejecutivo tenía dos claras condiciones: las normas constitucionales de estabilidad laboral y el respeto a los derechos adquiridos de los trabajadores(16).

Como señalaba su Exposición de Motivos, la Ley de Fomento del Empleo (en adelante, LFE), plasmada en el Decreto Legislativo Nº 728 respondía a la corriente prevaleciente de flexibilización laboral:

> *"Se inscribe claramente dentro de las líneas de la tendencia doctrinaria dominante en el Derecho Laboral contemporáneo, surgida a inicios de la década de los ochenta en los países industrializados con economía de mercado. Los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo tampoco constituye una excepción a esta regla general. Es así como gobiernos de corte socialista como España, Francia o Italia se han volcado a dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y demanda en el mercado laboral, en especial las denominadas "franjas débiles" del mercado: jóvenes, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de edad, etc."*(17).

El panorama tampoco era distinto a nivel regional, por cuanto:

> *"En Latinoamérica igualmente ya comienzan a darse los primeros pasos hacia una mayor flexibilización del mercado laboral, desde inicios de la década de los ochenta, tal como lo demuestran los casos de Panamá, México, Brasil, Colombia y recientemente Argentina, que viene formulando una Ley Nacional de Empleo al estilo de la Ley Básica de Empleo española (…) La Ley de Fomento del Empleo peruana, en definitiva recoge los principios fundamentales que consagran estos dispositivos, principalmente la iniciativa gubernamental argentina, que a su vez unifica diversas parcelas del ordenamiento español, conjugándolos y concordándolos en un dispositivo único y orgánico que por vez primera en nuestro país regule de manera integral la política nacional de empleo"*(18).

(16) Ver: Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 728, que establecía la ultraactividad de las normas de la Ley Nº 24514 respecto de los trabajadores que hubieran estado laborando bajo sus alcances al momento de entrada en vigencia de la LFE; es decir, a estos trabajadores se les respetaba sus derechos adquiridos bajo la antigua norma de estabilidad en el trabajo.

(17) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, publicada en el Diario Oficial el 8 de noviembre de 1991.

(18) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo Nº 728.

Al revisar el contenido de la LFE en materia de contratación temporal, que es el objeto del presente artículo, puede comprobarse que nuevamente pone en cuestión el debate sobre la dicotomía de los sistemas de contratación laboral, por cuanto junto con la "regla de oro" de la prevalencia de la contratación por tiempo indefinido, contempla en el Título III referido a los "contratos sujetos a modalidad", hasta nueve modalidades de contratación por tiempo indeterminado, lo que nos lleva a preguntar hasta qué punto eran compatibles estos dos sistemas de contratación que coexistían dentro de la LFE.

Paralelamente a la construcción teórica de la flexibilidad laboral, a nivel doctrinario se trabajó también la noción de trabajo atípico, siendo una de sus manifestaciones los contratos de trabajo atípicos, que se originaban por la fractura de alguno de los elementos que configuraban la noción de empleo típico, a saber: un trabajo sujeto a vínculo por tiempo indeterminado, prestado en régimen de jornada de trabajo completa y para un solo empleador, realizado en el centro de trabajo de propiedad de este último.

Así, si un trabajador prestaba servicios a través de una empresa de intermediación o tercerización, estaba sujeto a una relación de empleo atípica, puesto que su prestación la realizaba fuera del centro de trabajo de la empresa de intermediación o tercerización, sino en el centro de trabajo de la empresa a la que es destacado por esta.

Igualmente si un trabajador presta servicios en una jornada acumulativa o atípica de trabajo[19], distinta a la jornada ordinaria de 8 horas diarias, estaría sujeto a una relación atípica de trabajo, lo mismo que el trabajador que presta servicios mediante un contrato de trabajo temporal por necesidades del mercado o por incremento de actividad.

Esta tendencia propia del Derecho Laboral de inicios de los noventa, fue también recogida en la LFE.

Como señala Pasco:

> *"Las normas de principios de los noventa introdujeron un variado elenco de formas o modalidades de contratación basadas en muy diversas causas. Dichas modalidades corresponden, casi exactamente, a las pre-*

(19) La Constitución de 1993, en su artículo 25, referido a la jornada de trabajo, alude también a las jornadas acumulativas o atípicas de trabajo:
"La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo".

vistas por la legislación española de la década anterior, que se vio reflejada además en la legislación argentina, que es coetánea de la nuestra"[20].

La pregunta que cabría formularse es cómo podría conciliarse estas modalidades de contratación temporal, cada una de ellas con una causalidad diferenciada, con la formulación de la "regla de oro" basada en la preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida, plasmada originalmente en el artículo 37 de la LFE:

> ***"Artículo 37.-*** *En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.*
>
> *Por excepción, puede celebrarse por escrito contratos para obra o servicio determinados o sometidos a condición o sujetos a plazo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.*
>
> *También puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna".*

Resumiendo este particular proceso evolutivo que experimentó el principio de estabilidad en el empleo, Baylos señala que este radica en *"la búsqueda de la llamada flexibilización de los niveles de protección asignados al Derecho del Trabajo en el interior del propio sistema, a través de la delimitación de tipos contractuales diversos (…) en contraste con el prototipo normativo o relación normal de trabajo"*[21]; es decir, el empleo típico.

Lo verdaderamente relevante es que la flexibilización laboral necesariamente conduce a esta encrucijada perversa entre Derecho Laboral clásico y reformas flexibilizadoras, que buscan un cauce normativo en clave promotora, por cuanto:

> *"Este esquema diversificado de modalidades de protección, que ha demostrado en la práctica su importancia cuantitativa y cualitativa, permite plantearse el interrogante de si se puede seguir hablando de una relación género/especie entre el contrato de trabajo típico, por tiempo indefinido y a tiempo completo y el resto de modalidades de contratación 'atípicas' o si, en la práctica, existe una relativa indiferencia en la elección de una u otra forma contractual en función, precisamente de la*

(20) PASCO, Mario. "Contrato de trabajo típico y contratos atípicos". En: *Balance de la Reforma Laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001, p. 130.

(21) BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para armar.* Editorial Trotta. Madrid, 1991. p. 70.

mayor o menor amplitud de la tutela otorgada. El prototipo normativo de la relación de trabajo dependiente y por cuanta ajena se habría convertido en el 'óptimo' de las posibles relaciones de trabajo, perdiendo por lo tanto, sus señas de identidad como 'relación normal de trabajo', con la consecuencia de la creación de fracturas y desigualdades en la regulación del cometido tutelar del sistema jurídico laboral"(22).

Recogiendo los criterios plasmados por la doctrina española, que tuvieron un notable eco en la reforma del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1984, se erigió un sistema de contratación paralelo, sustentado en las medidas de fomento del empleo, las cuales implicaban una intervención del Estado como parte del mandato constitucional de promover políticas de fomento del empleo, recogido en el artículo 40 de la Constitución española(23).

Como refiere la Exposición de Motivos de la LFE, el Título III estuvo dedicado a la regulación de las causales que justificaban la contratación a tiempo determinado, debiendo relevarse, como advierte Pasco, una tipología tres veces triple(24), pues dividía dichos contratos en tres tipos: contratos de naturaleza temporal, contratos de naturaleza accidental y contratos de obra o servicio determinados, y estos a su vez, se desagregaban en otras tres clases de contratos.

A nuestro juicio, los contratos propiamente atípicos son los pertenecientes a la primera tipología contractual, referida a los contratos por inicio o incremento de actividad, por necesidades del mercado y los contratos por reconversión empresarial.

Graficando el concepto, el artículo 105 de la LFE señalaba que este contrato buscaba atender las necesidades derivadas del inicio de una nueva actividad empresarial, definiendo como nueva actividad empresarial *"el inicio de una nueva actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa"*.

Una de las críticas que recibió esta causal, era que buscaba englobar varios supuestos de hecho no necesariamente equiparables, como podría ser la apertura de un nuevo negocio o emprendimiento, la instalación de una nueva línea de producción en una empresa industrial o la apertura de una agencia bancaria, o la atención de los "picos de producción"(25); todos ellos supues-

(22) BAYLOS, Antonio. Ob. cit. p. 71.

(23) Ídem.

(24) PASCO, Mario. *Contratos de trabajo típicos y contratos atípicos*. Ob. cit. p. 131.

(25) Elmer Arce cuestiona que la causal de incremento de las actividades ya existentes "se puede con-

tos diferenciados que por efecto de esta causal, terminaban siendo regulados en términos idénticos.

A nuestro modo de ver, todos estos supuestos comparten un denominador común: la aleatoriedad del emprendimiento, que antes que responder a una rigurosa y exhaustiva tipología jurídica, busca atender la necesidad temporal de contratación de trabajadores que está condicionada a la incertidumbre propia de todo nuevo negocio o actividad empresarial, para lo cual el legislador de la LFE le otorga a este nuevo empresario la franquicia de contratar personal temporal durante los tres primeros años de su actividad empresarial.

Coincide con esta apreciación Alfonso de los Heros:

> *"(…) la intención del legislador ha sido facilitar este tipo de contratación que no tiene un carácter indefinido, durante una etapa inicial del negocio que reviste cierta incertidumbre y que no asegura la continuación del mismo mientras no se consolide o tenga éxito (…) aunque podría argumentarse que la relación laboral es una relación de ajenidad y que el riesgo del negocio corresponde al empleador"*(26).

Respecto de la segunda causal, la polémica fue más intensa, puesto que la causal por necesidades del mercado ha sido la causal emblemática de la LFE, por cuanto la intención del legislador era clara: debía aplicar también para necesidades ordinarias y permanentes de la empresa, tradicionalmente asumidas por personal estable, mas nunca por trabajadores eventuales o temporales.

De ahí que esta causal haya sido regulada en forma exhaustiva, en orden a perfilar con claridad la causa objetiva que la justifica y sustenta, como establece el artículo 101 de la LFE:

> *"**Artículo 101º.-** El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente".*

---

fundir con el incremento coyuntural por variaciones sustanciales de la demanda del contrato por necesidades del mercado". En: *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores. Lima, 2008. p. 191.

(26) DE LOS HEROS, Alfonso. "Los contratos de duración determinada: ¿Regla o excepción?". En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2009. p. 300-1.

Precisando más el concepto, el segundo párrafo señala que en estos contratos *"deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal", agregando que "deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades de carácter estacional"*.

Para Elmer Arce los confines de la figura de la contratación por necesidades del mercado adolece de límites "bastante indeterminados por lo que una interpretación amplia puede incentivar su utilización en actividades permanentes de las empresas, y se pregunta:

> *"¿Quién determina cuándo existen necesidades coyunturales del mercado? ¿El empleador?, ¿Y si la empresa no se abastece con su propio personal por circunstancias relacionadas a decisiones equivocadas del empleador? ¿Es fácil detectar ello?, ¿Cómo saber si un incremento coyuntural de la producción afecta un establecimiento, una sección o un simple puesto de trabajo?, ¿Es necesario que las circunstancias que afectan el mercado se produzcan o se pueden prever?, etc. Como se ve, no es fácil definir la silueta del artículo (…)"*[27].

La respuesta para este último autor, estaría en sustentar la causa objetiva insertando el documento que justifica los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante[28].

Esto nos parece un exceso, por cuanto la norma no especifica ninguna exigencia formal al respecto, rigiendo la regla general de la acreditación *ex post*, a solicitud de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en cuya oportunidad el empleador sí deberá documentar en forma apropiada en qué consiste la necesidad del mercado invocada por el empleador; es decir: (i) el incremento coyuntural de la producción ("pico de la producción"), (ii) que su origen resida en una variación sustancial de la demanda, (iii) debe tratarse de un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, y, (iv) deben excluirse las variaciones de carácter cíclico o de temporada, por tratarse de trabajos fijos de carácter discontinuo.

En más de un caso hemos tomado conocimiento de contratos temporales que se han sustentado en incrementos de la demanda derivados de actividades económicas que han venido creciendo sostenidamente, como el caso de la industria de la construcción, pero que su flujo de crecimiento no es uniforme

(27) ARCE, Elmer. *Derecho individual del trabajo* …, Ob. cit., p. 175.
(28) Ibídem, p. 179.

en el tiempo, si bien en los últimos años puede apreciarse una tendencia expansiva, debido al crecimiento de la demanda inmobiliaria en nuestro país.

Motiva esta preocupación el hecho de que en más de una oportunidad la autoridad administrativa de trabajo ha acotado estos contratos e iniciado procedimientos sancionadores contra las empresas fabricantes de acabados de la industria de la construcción, alegando no estar suficientemente sustentada la causal, no obstante que la empresa exhibió reportes de producción e incluso la propia estadística oficial que evidenciaba el carácter imprevisible de la duración de esta variación coyuntural de la demanda de materiales.

¿Ello querría decir que las empresas que fabrican por ejemplo, materiales o acabados para la industria de la construcción no podrían celebrar contratos por necesidades del mercado, dado que en esta rama de actividad, los picos de producción son bastante frecuentes y por periodos variados de duración?

A nuestro juicio, el criterio a aplicarse deberá atender necesariamente a hechos demostrables no solo documental sino empíricamente, para lo cual los funcionarios encargados de resolver estas denuncias deben solicitar el concurso del sector involucrado, a fin de poder contar con los elementos de juicio para determinar si las verificaciones efectuadas por los inspectores tienen sustento en la realidad, no debiendo conformarse con remitirse a consideraciones abstractas sin haber revisado detenidamente los datos de la realidad implicada.

Finalmente, por su naturaleza, los contratos por reconversión empresarial tienen una doble lógica flexibilizadora; por una parte, buscan responder a los cambios en la organización del trabajo, y por la otra, a los cambios tecnológicos en la empresa, las cuales justificarían la contratación de nuevos trabajadores en la empresa, pero mediante un vínculo contractual de carácter determinado, que duraría como máximo dos años, a diferencia del contrato por necesidades del mercado, que originalmente se fijó en seis meses al año, para pasar al tope legal máximo de 5 años, que es el que rige actualmente.

III. CONTRARREFORMA LABORAL: RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL Y PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO (2001-2013)

Hemos querido pasar directamente al análisis de los contratos temporales hasta esta etapa, debido a que desde las modificaciones dictadas a la LFE en los años 1995 y 1997, en que adopta su fisonomía jurídica actual, con la LPCL, la regulación se ha mantenido en los aspectos que hemos analizado, con excepción de modificaciones puntuales, tendientes a profundizar el proceso

de flexibilización de la contratación temporal[29], como la extensión generalizada de los "contratos en cadena" hasta el plazo máximo de cinco años, plasmada en el artículo 74 de la LPCL[30].

A partir del Gobierno de Transición, si bien no se emprendió una reforma integral en materia laboral, con el restablecimiento del Consejo Nacional del Trabajo se reabrió la posibilidad de contar con espacios de diálogo y de concertación entre los interlocutores sociales, bajo los auspicios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a cargo del Doctor Jaime Zavala Costa.

Paralelamente sectores académicos comenzaron a impulsar iniciativas tendientes a reformar la Constitución de 1993, aprobada por el Congreso Constituyente Democrático impulsado por el gobierno de Alberto Fujimori luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, bajo presión de la comunidad internacional.

Los cuestionamientos a nivel del sector laboralista, venían de una doble vertiente; una política, que cuestionaba el origen de la Constitución de 1993, y otro ideológico, que hacía lo propio con el modelo económico adoptado por la misma, de orientación liberal[31].

Para Sanguineti, cualquier valoración del contenido laboral de la Constitución debe *"tener en cuenta la singular función jurídico-política que es posible atribuir a este instrumento (…) una función que, como resulta difícilmente rebatible a estas alturas, no es otra que la de operar como mecanismo de legitimación democrática de un régimen autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, que había iniciado poco tiempo atrás una profunda reforma de la legislación laboral, tanto individual como colectiva, inspirada en dichos postulados"*[32].

(29) Este es uno de los aspectos más criticados de las modificaciones efectuadas con la Ley Nº 26513 en el año 1995. Ver: ARCE, Elmer. Derecho individual … Ob. cit. pp. 178-9. Este autor califica esta extensión del plazo como un *"mecanismo burdo para promover la contratación temporal en desmedro de la contratación a tiempo indefinido. Más aún, si se tiene en cuenta que el contrato por necesidades del mercado opera en el terreno de las labores del giro de la actividad empresarial"*. Precisamente este plazo será objeto de un drástico recorte por parte de la Comisión de Expertos encargada de elaborar el proyecto de Ley General del Trabajo, como se analiza seguidamente.

(30) "Artículo 74.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.
En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función a las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco años".

(31) Ver: SANGUINETI, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Lima, 2007, p. 21.

(32) Ídem.

En igual sentido, Neves señalaba que *"las transformaciones se efectuaron, primero, a nivel legislativo y, luego, fueron convalidadas a nivel constitucional. En efecto, entre 1991 y 1992 se dictaron una docena de decretos legislativos para regular las relaciones individuales y un decreto ley sobre las relaciones colectivas, en la perspectiva expuesta. De un lado, se mantuvo teóricamente la estabilidad de entrada (sic.), pero se diseñó un elevado número de contratos temporales, algunos perfilados para permitir el encubrimiento de vínculos permanentes, y se reemplazó la reparación del despido injustificado mediante la reposición por una indemnización (…)[33]"*.

El cuestionamiento a nivel constitucional estaba dado. Se partía de una valoración cualitativa de los alcances de la Constitución de 1979, relevándose el rol preeminente que le asignaba al trabajo, respecto de la supuesta relegación de la que fuera objeto por la Constitución de 1993, disminuido en sus alcances y contenidos esenciales. Se ha señalado: *"el trabajo pierde de este modo centralidad, tanto respecto del modelo socioeconómico como de la forma del Estado"*[34].

En relación con el cuestionamiento al origen de las transformaciones legislativas del año 1991, cabe precisar que éstas, entre las que se encontraba la LFE, fueron objeto de un consenso en el Congreso elegido democráticamente, plasmado en la Ley Nº 25327, que expresamente autorizó al Ejecutivo a legislar sobre fomento del empleo, entendiéndose como tal *"medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial el caso de jóvenes desempleados, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales y sectores similares, asimismo, la generación masiva de empleo en las franjas más débiles de la sociedad"*[35].

Por ello, subsumir la primera etapa de la reforma laboral, emanada de una delegación de facultades democráticamente incuestionable, incluso a la luz de la venerable Constitución de 1979, con la etapa posterior al autogolpe del 5 de abril de 1992, no solo es una imprecisión histórica, sino un intento de poner en el mismo punto de cuestionamiento normas que responden a coyunturas claramente diferenciables, y por ello, no susceptibles de equiparación, a pesar del fervoroso entusiasmo de los partidarios de esta posición ideológica.

(33) NEVES, Javier. *Derecho del Trabajo. Cuestiones controversiales.* ARA Editores. Lima, 2010, p. 18.

(34) SANGUINETI. *Derecho Constitucional* … Ob. cit. p. 23.

(35) Ver parte considerativa del Decreto Legislativo Nº 728, párrafo cuarto.

Con la caída del régimen de Fujimori, a partir del año 2001, estas posiciones asumen como objetivo la tarea de reconstitucionalizar el contenido laboral de la Constitución de 1993, correspondiéndole al Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete de la Constitución, desarrollar una producción jurisprudencial que recoja estos criterios "progresistas" en materia laboral(36).

Dentro de este contexto se crea la Comisión de Expertos encargada de elaborar el proyecto de Ley General del Trabajo, que en caso de convertirse en Ley, fijaría los parámetros normativos del sistema de relaciones laborales peruano, que reiteramos, se mantiene subsistente en sus alcances delimitados por la LPCL, que han sido materia de análisis precedentemente.

El antecedente más cercano al último proyecto de LGT, que ha estado a cargo de la Comisión de Expertos integrada por los Doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Alfredo Villavicencio, Alfonso de los Heros, Mario Pasco y Jaime Zavala, fue el proyecto elaborado en el año 2006 dentro del Consejo Nacional del Trabajo que fuera consensuado en un 85 % de su articulado.

La Comisión comienza sus funciones en el mes de setiembre de 2011, asumiendo la tarea de revisión del contenido del articulado consensuado, y concordarlo, cumpliendo con entregar su informe el 19 de enero de 2012 al señor ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, doctor José Villena, acompañando el proyecto de LGT "testeado" para que el Ministerio proceda a darle trámite conforme a sus atribuciones constitucionales.

A pesar del interés inicial que suscitó el proyecto de LGT, particularmente en los sectores académicos ligados al movimiento de Contrarreforma Laboral, no ha merecido el apoyo necesario por parte de los interlocutores sociales, empresarios y trabajadores, ni sus organizaciones representativas, lo cual resulta sorprendente a la luz de los consensos que se había logrado dentro del Consejo Nacional del Trabajo en el año 2006 (85 % del articulado).

El problema a nuestro juicio no es la cantidad de artículos consensuados, sino de la trascendencia que tienen para los interlocutores sociales instituciones clave para el desenvolvimiento de sus intereses, como: la estabilidad en el trabajo, dentro de la cual se incluye la libertad de contratación temporal

(36) Para profundizar el análisis sobre este proceso de reconstitucionalización del Derecho Laboral, desde una perspectiva crítica, ver: SANGUINETI. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit. p. 41 y ss. También: La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993, Ponencia Oficial presentada en el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, p. 53 y ss.

y los niveles de la negociación colectiva, a través de las que se define las complejas relaciones de poder dentro del mundo del trabajo.

Bajo esta perspectiva, el tema de la contratación temporal se liga directamente a la demanda empresarial por contar con un sistema de contratación laboral que se adecue rápidamente a las variaciones de la demanda en el mercado, especialmente dentro de un contexto de franco endurecimiento de los mecanismos legales de despido, debido a la puesta entre paréntesis del articulo 34 de la LPCL, que permite el despido sin expresión de causa previo pago de una indemnización, como ocurre en la mayor parte de países de la región.

A partir de la jurisprudencia emanada del TC en materia de despidos incausados, nulos y fraudulentos, así como atentatorios contra derechos fundamentales del trabajador, el despido ha pasado a ser contingente en todos los casos, razón por la cual resulta necesario flexibilizar la contratación temporal a fin de dotar a las empresas de las facilidades para adecuar su personal a las fluctuaciones de la demanda en el mercado, potenciando las posibilidades de contratación laboral, como era el objetivo inicial de la LFE.

De la revisión del articulado referido a la contratación temporal, regulado en el Capítulo IV del Titulo I ("De la relación individual del trabajo"), subcapítulo II, referido a los contratos de duración determinada, podemos apreciar que la LGT virtualmente recoge los subtipos de contratos regulados en la LPCL, que son: el contrato por inicio de actividad, el contrato por necesidades coyunturales del mercado, contrato ocasional, contrato de suplencia, contrato por obra determinada o para servicio especifico (art. 19).

Adicionalmente, recoge en la línea de la normativa española del ET, el contrato expresamente autorizado por ley, que ciertamente es un aporte interesante que permitiría engarzar los contratos temporales con las políticas públicas de fomento del empleo.

El problema surge al revisar la duración que la LGT ha previsto para cada subtipo contractual, lo cual evidencia un sesgo restrictivo para su utilización intensiva, puesto que han sido sustancialmente recortados los plazos previstos en la LPCL, con lo cual la contratación temporal estaría acusando una rigidez extrema.

En el caso de los contratos por inicio de actividad (art. 20), si bien se recoge la definición de la LPCL, se circunscribe su aplicación al único supuesto de inicio de actividad empresarial, eliminándose los de incremento de actividades, apertura de establecimiento y otros, recortándose adicionalmente el plazo de duración de 3 años a 18 meses; es decir, a la mitad.

En igual sentido, el contrato por necesidades del mercado, contrato flexible por excelencia, ha sido recortado a un año, cuando el plazo vigente es de 5 años, por aplicación directa del artículo 74 de la LPCL anteriormente citado[37].

La demostración palmaria de este sesgo restrictivo se ve plasmada en el artículo 28 de la LGT, que regula el plazo máximo aplicable a los contratos de duración determinada, que de 5 años en la LPCL ha sido drásticamente reducido a solo 2 años, lo cual va a desincentivar no solo la contratación temporal sino la contratación laboral en general.

A nuestro modo de ver, la única porción de flexibilidad con que podrían contar los empresarios bajo este rígido esquema sería la modalidad de contratación expresamente autorizada por ley, que sin lugar a dudas, su viabilidad dependerá de la correlación de fuerzas resultante en el Congreso de la República.

En otras palabras, en un gobierno de corte populista esta posibilidad estaría vedada, y el régimen general sería el propuesto en la LGT, que califica claramente como una regulación de entrada "rígida".

IV. A MANERA DE COLOFÓN Y REFLEXIÓN FINAL

Largo ha sido el tránsito de un régimen legal de contratación a otro. Asimismo, ha ido surcando aguas con corrientes en diversas direcciones, muchas veces contrapuestas, vaivén que ha sido adecuadamente caracterizado como el "péndulo peruano", expresión de nuestras contradicciones y porqué no decirlo, necesidad de afirmar posiciones en los espacios democráticos y académicos.

El balance que podemos obtener de estos 25 años y poco más de agitado movimiento en el mundo del trabajo, es que las expectativas muchas veces son depositadas en instituciones que carecen de la capacidad de respuesta a las demandas sociales de la población, y a falta de instituciones sólidas, afloran los males ya conocidos, como el populismo, cuya receta –vale la pena recordar– ya la hemos experimentado en el periodo 1985-1990, por citar el más reciente.

En este periodo, como se puede apreciar en el cuadro que se acompaña al final del presente artículo, fue necesario dictar una normativa de emergencia para incentivar la contratación laboral, puesto que se había dictado una rígida normativa de estabilidad en el trabajo que reconocía la estabilidad a los

(37) Ver Nota 30 del presente artículo.

tres meses de ingresado el trabajador, y su derecho a reposición en caso de despido injustificado.

Instaurada la Reforma Laboral con los decretos legislativos de 1991, en especial la LFE, se da inicio a la flexibilización de la contratación laboral y el despido, aplicándose una regulación flexible tanto en la vertiente de entrada como de salida.

No hemos tenido a la vista estudios que hayan confirmado de manera concluyente si la flexibilidad laboral y la Reforma Laboral de los 90 contribuyó o desincentivó la generación de empleo formal, y si en su conjunto, generó una mayor protección social y mejores ingresos para los trabajadores.

Lo cierto es que tampoco se ha logrado incorporar a un segmento mayoritario de la fuerza laboral, que ha optado por permanecer en el sector informal, en el que los trabajadores –y conductores del negocio– carecen de toda protección social(38).

Sin embargo, queda claro que la mejor política de empleo es una buena política económica, y una señal saludable que el Gobierno habría asimilado esta máxima, es el hecho de que el Ministerio de Trabajo conjuntamente con el informe remitido por la Comisión de Expertos haya determinado solicitar un análisis de los efectos que tendría la normativa propuesta, designando una comisión revisora integrada por funcionarios del sector y expertos económicos.

Ciertamente este filtro no es nuevo. En el Congreso cada iniciativa legislativa debe estar sustentada en un análisis costo-beneficio. Caso contrario, el proyecto de ley no es tramitado ante el pleno ni a comisiones.

Por ello, trajimos a colación la reflexión que antecedía el presente artículo de Juan Antonio Sagardoy, referido precisamente a los riesgos de la inoperancia del Derecho Laboral contemporáneo. Y el Perú no es la excepción: tengamos siempre en cuenta los efectos económicos de las normas que dictamos. Así de simple.

(38) Esta problemática es analizada con mayor detalle en nuestros trabajos: Regímenes Laborales Especiales en el Perú: El caso de los regímenes laborales de pequeña y microempresa, agrario y la contratación administrativa de servicios en el Sector Público, Ponencia Oficial al IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuzco, 2010. También: Ley General del Trabajo: una ley para todos y para nadie, en Revista de Economía y Derecho, Verano de 2012, Vol. 9, Nº 33, Sociedad de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

CUADRO COMPARATIVO FLEXIBILIDAD Y RIGIDEZ EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EN EL RÉGIMEN LEGAL DE DESPIDO			
ETAPA HISTÓRICA/ MODELO IDEOLÓGICO	**SISTEMA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL**	**RÉGIMEN LEGAL DEL DESPIDO**	**BALANCE NORMATIVO**
Régimen del General Velasco (1970) Populista	Decreto Ley N° 18138 Autorización previa Forma escrita bajo sanción	Decreto Ley N° 18471 Estabilidad absoluta a los tres meses	Rigidez/Rigidez
Régimen del General Morales Bermúdez (1978) Transición	Decreto Ley N° 18138 Autorización previa Forma escrita	Decreto Ley N° 22126 Estabilidad absoluta a los tres años	Rigidez/Semiflexible
Gobierno de Alan García (1986) Heterodoxo Populista	Proem Contratación a plazo sin acreditar causa	Ley N° 24514 Estabilidad absoluta a los tres meses	Flexibilidad/Rigidez
Gobierno de Alberto Fujimori (1991) Liberal	Ley de Fomento del Empleo Modalidades flexibles de contratación	Ley de Fomento del Empleo Estabilidad relativa	Flexibilidad/ Flexibilidad
Gobierno de Ollanta Humala (2013) (¿?)	Proyecto de Ley General del Trabajo Se restringen plazos máximos	Proyecto de Ley General del Trabajo Estabilidad absoluta	Rigidez/Rigidez

ESTABILIDAD LABORAL: 43 AÑOS DESPUÉS

ALFONSO DE LOS HEROS[1]

La estabilidad en el trabajo, es entendida como la continuidad en el empleo, que es el derecho del trabajador para permanecer en el empleo mientras este subsista o cuando no exista causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. También es entendida como el derecho del trabajador, a su sola elección, de recuperar su puesto en caso de despido injustificado o, alternativamente, obtener una indemnización como reparación.

La estabilidad de entrada, como preferencia por la relación a plazo indeterminado, limitando la contratación temporal a situaciones propias de la naturaleza de esta modalidad, así como limitando la contratación indirecta y la estabilidad de salida que limita la posibilidad de terminar la relación laboral por decisión del empleador, frente a la estabilidad relativa que admite la terminación de la relación laboral por decisión del empleador mediante el pago de una indemnización, son los elementos de la polémica recurrente en nuestro país desde que se estableció la estabilidad absoluta en 1970.

En agosto de 2004, habíamos publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, un artículo sobre la estabilidad laboral. Hoy a 43 años de la aparición de esta figura en la legislación nacional y a los diez años de dicha publicación, hemos querido actualizar estos comentarios a través de este trabajo.

Como antecedente, la Constitución mejicana de Querétaro de 1917 establecía en su artículo 223 la estabilidad en los casos de despido sin causa

(1) Abogado. Socio del Estudio Echecopar. Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social.

justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato o por realizar una huelga lícita, señalando que este despido daba lugar, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo.

El Convenio 158 de la OIT en su artículo 4 establece que "no se podrá poner término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", señalándose también en el artículo 10 que la reparación puede consistir en la readmisión en el trabajo o en el pago de una indemnización, quedando la readmisión librada a criterio de cada legislación nacional. Puede observarse que este convenio admite una estabilidad absoluta o una relativa, dependiendo de lo que decida cada legislación nacional.

Esta misma opción está permitida por el Protocolo de San Salvador, lo que revela que la legislación internacional es flexible, como lo es también el derecho comparado, tal como se verá más adelante.

Generalmente, la estabilidad en el trabajo se ha fundamentado en el concepto del derecho al trabajo que es consagrado por múltiples legislaciones y que en el caso peruano aparece tanto en la Constitución de 1979 (artículo 42) como en la de 1993 (artículo 22).

Desde luego que en la doctrina, el principio de continuidad o estabilidad es recogido en el sentido de que todo trabajador tiene derecho a trabajar mientras quiera y mientras pueda y que para que se le prive del empleo debería existir una causa justa.

Para Américo Plá[2] la continuidad tiene que ver con el plazo indefinido de los contratos, la amplitud para aceptar transformaciones del mismo, la facilidad para mantenerlo a pesar de incumplimientos o nulidades, la resistencia a admitir su resolución unilateral, la interpretación de las interrupciones como simples suspensiones y la prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador. Distingue claramente entre continuidad y estabilidad al señalar que esta última tiene importancia solamente en lo que se refiere a la terminación del contrato de trabajo.

A este respecto, es importante tener en cuenta que el concepto de terminación no necesariamente implica despido, pues el despido es la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador, sea esta causada o incausada,

(2) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2ª edición, Depalma, Bs. Aires, 1978, p. 157

mientras que la terminación puede deberse a otras múltiples causas como pueden ser las necesidades de la empresa, el caso fortuito o la fuerza mayor, la liquidación y otras causas similares.

El Convenio 158 de OIT alude a la terminación y no al despido, incluyendo los casos relacionados con la conducta o capacidad del trabajador y las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Las medidas reparadoras del despido injustificado se reducirían entonces, dentro del marco planteado, a la readmisión o a la indemnización, la cual puede revestir diversas modalidades.

Al final, el punto central y de equilibrio de un régimen jurídico en esa materia, parecería estar en la posibilidad de determinar quién es la persona, si el trabajador o el empleador, quien debe elegir la opción entre readmisión e indemnización anteriormente planteada.

Si es el primero, estaremos dentro de un régimen de estabilidad absoluta o como algunos la denominan, de propiedad en el puesto o en el trabajo. Y si es el segundo, estaremos frente a un régimen de estabilidad relativa, en el sentido de que la opción al ser ejercida por el empleador limitaría eventualmente la posibilidad de que el trabajador continuara en el empleo contra la voluntad de aquel.

La discusión se centra entonces en quién tiene la posibilidad de decidir la reinstalación, ya que, de ser el empleador, la indemnización dependerá, en caso que esta se plantee, si se prueba o no la existencia de la causal invocada, como es el caso de la falta grave, o cuando se da el caso del despido abierto y unilateral, en el necesario pago de la indemnización como única sanción al empleador. De estar la decisión en manos del trabajador, este podrá obtener la reinstalación por encima de la voluntad del empleador.

Hay casos en que la reinstalación no tiene la menor importancia o efecto en la empresa por diversas razones, tales como el escaso efecto de la misma frente al colectivo laboral, o el tamaño de la empresa, o la categoría del trabajador, entre otras. Sin embargo, puede ocurrir que en determinados casos represente para el empleador un problema que puede comprometer eventualmente el poder directivo y la posibilidad de la adecuada conducción de la empresa, como ocurre cuando una empresa es pequeña o la categoría del trabajador es alta y la reposición causa conflictos internos y una mala relación laboral, comprometiendo en la práctica el manejo real de la empresa y el futuro laboral del subordinado, más allá de aceptar que, en teoría, no debería darse ninguna represalia y que el poder directivo, en la práctica, queda mellado y cuestionado cuando no prevalece.

También podría darse como una solución posible, aunque no ideal, que sea el juez quien decida y se atenga a criterios obvios de calificación, para optar entre reinstalación e indemnización, como por ejemplo, que a más alta categoría corresponde menor estabilidad, al igual que la cercanía a la dirección de la empresa, o el cargo de confianza, o las funciones de responsabilidad; también que el tamaño de la empresa es determinante para establecer la conveniencia entre reinstalación e indemnización, sin provocar una conflictividad a futuro dentro de la misma.

El problema de fondo es que la ley no puede contemplar todos los problemas humanos que existen dentro de la relación laboral, por lo que, en lo posible, la solución legislativa debe ser equilibrada y no extrema, es decir, no otorgando todo el poder a una de las partes de la relación, pero haciendo posible que el conflicto se pueda resolver de manera razonable, cuidando los intereses de ambas.

Vale la pena recordar que en el año 2004 se concertó un proyecto de norma constitucional equilibrado, formulado con representación tripartita de trabajadores, empleadores y Estado, que fuera promovido por el Congreso de la República, con el compromiso de respetarlo tal cual se formulara, cosa que no ocurrió. El proyecto señalaba, en la parte pertinente de su artículo 51, lo siguiente:

> *"El despido requiere de causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución".*

Esta fórmula en realidad proviene de la aprobada en el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26448.

Esta disposición remite a la ley la forma de reparar el daño, tal como lo hizo la Constitución de 1993 vigente.

La Ley del Empleado N° 4916

La Ley del Empleado N° 4916, el 7 de febrero de 1924, permitía el despido mediante aviso previo o el pago de una indemnización equivalente. No ha existido en el Perú estabilidad absoluta en el empleo desde su promulgación.

Este sistema navegó sin mayores tropiezos durante 46 años en nuestra realidad laboral, hasta la dación de la norma que estableció la estabilidad en el empleo.

El Decreto Ley Nº 18471: aparición de la estabilidad laboral en el Perú

En el año de 1970 aparece en el Perú la estabilidad en el empleo al promulgarse el Decreto Ley N° 18471 el 10 de noviembre de dicho año, como producto de una decisión política de la dictadura militar que gobernó el Perú entre 1968 y 1980.

Según esta ley, el derecho a la estabilidad era adquirido por el trabajador al cumplir el periodo de prueba de tres meses, momento a partir del cual no podría ser despedido, salvo que hubiera cometido falta grave o que se tratase de un caso de reducción de personal o de cierre de la empresa.

Además, en caso de producirse un despido injustificado, el trabajador tenía derecho a elegir entre la reposición y una indemnización de carácter económico. La opción por la reposición era compulsiva, sin lugar a recurso alguno.

Por otro lado, los demás casos en que era posible la terminación de la relación laboral, estaban vinculados a las causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor que hicieran necesario reducir personal o despedirlo en su totalidad, previa autorización del Ministerio de Trabajo y después de seguir un procedimiento administrativo que permitía a las partes acordar la terminación estableciendo las condiciones de la misma y sometiendo este acuerdo a la aprobación de la autoridad de trabajo para su validez.

Esta norma se refiere a la estabilidad de salida, pero para la estabilidad de entrada contabamos simplemente con el Decreto Ley Nº 18138 del 6 de febrero de 1970, que establecía que los contratos de trabajo individuales a plazo fijo o para obra determinada solo podían celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar, caso contrario se reputarían a tiempo indeterminado.

El control de esta forma de estabilidad estaba a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo que tenía que aprobarlos para su validez. Si bien esta fórmula podía ser utilizada por algunos empleadores para evitar los efectos de la estabilidad de salida, existía el riesgo de la presunción de plazo indeterminado y estaba de por medio la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo que actuaba con rigidez en esta materia.

El Decreto Ley Nº 22126: modificación del régimen de estabilidad

El 21 de marzo de 1978, por Decreto Ley Nº 22126 se estableció una norma sustitutoria del Decreto Ley Nº 18471, ampliándose el plazo de adquisición de la estabilidad laboral absoluta a tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador, periodo en el cual, el trabajador podría ser despedido sin causa justa mediante preaviso de 90 días o el pago de la indemnización correspondiente. Esta era una fórmula que volvía temporalmente, durante los tres primeros años de servicios, al antiguo régimen de no estabilidad, o estabilidad relativa impropia.

Como consecuencia de esta modificación legislativa, el trabajador al cumplir los tres años de servicio, adquiría la estabilidad absoluta en el trabajo en las mismas condiciones que las establecidas en el decreto ley modificado y con las mismas excepciones de aquel.

Cabe indicar sin embargo, que el Decreto Ley Nº 22126 otorgó un beneficio especial como excepción al plazo de tres años, en favor de los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo el número de dirigentes sindicales que gozarían de protección.

Al mismo tiempo, se amplió la lista de faltas graves y se incluyeron las faltas del empleador como situaciones que permitían la correspondiente reclamación del trabajador o el considerarlas como actos de hostilidad que podían ser interpretados como despido indirecto.

Constitucionalización de la estabilidad laboral

En 1979, la Constitución fruto de la asamblea constituyente convocada por la dictadura militar consagró en su artículo 48 la estabilidad laboral señalando que: *"El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada"*.

Esta fórmula permitía, desde luego, optar por una estabilidad relativa, pues podría haberse legislado en el sentido de que la opción entre reposición e indemnización correspondía al empleador. Sin embargo, teniendo en cuenta la legislación infraconstitucional existente y la tendencia política imperante, se consideró que la intención de la norma era optar por la estabilidad absoluta y que la opción correspondía al trabajador.

Al obtener este derecho rango constitucional, la legislación subsecuente debía contemplarlo necesariamente, como ya lo hacían las normas vigentes del Decreto Ley Nº 22126, tema que fue materia de discusión como se verá más adelante.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional no era programática sino dispositiva, resultaba por sí sola suficiente para ser de obligatoria observancia, aún si no hubiera existido un desarrollo legislativo posterior.

La Ley Nº 24514 modifica la estabilidad laboral

Comoquiera que no existía norma legal posterior que recogiera la disposición constitucional recién establecida, se discutió durante los años siguientes si el Decreto Ley 22126 era o no constitucional y sobre si era o no necesario dar nuevas normas sobre la materia.

Esta decisión recién llegó con la Ley Nº 24514 que se promulgó el 4 de junio de 1986, entrando en vigencia el día 6 del mismo mes y año.

Esta ley regresó a la estabilidad absoluta al cumplirse el periodo de prueba de tres meses, a partir del cual, la relación de trabajo solamente podía concluir por las causas justificadas señaladas en la ley. Entre ellas, se encuentran las relacionadas con la conducta y la capacidad del trabajador, así como por las situaciones especiales o excepcionales de la empresa.

El ámbito de esta ley es el de los trabajadores de la actividad privada, cualquiera sea la naturaleza del patrimonio de su empleador o la modalidad empresarial que adopte. Quedaron excluidos los trabajadores temporales, los que trabajaban una jornada menor a cuatro horas y las actividades industriales de bienes de exportación no tradicional, zonas francas y el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem). También aquellos trabajadores que siempre estuvieron excluidos por la naturaleza de su trabajo, como domésticos, choferes particulares, construcción civil, deportistas, artistas y trabajadores extranjeros.

El régimen del Proem aparecido un mes después de la Ley de estabilidad laboral N° 24514 y aprobado por Decreto Supremo Nº 18-86-TR del 28 de julio de 1986, bajo el pretexto de combatir el desempleo, era un contrasentido respecto a la estabilidad, pues permitía una contratación temporal libre, que podía no estar vinculada a la naturaleza o necesidad de las labores temporales que se contrataban, que podía prorrogarse a cada vencimiento y que dejaba sin trabajo al trabajador en razón del plazo, a pesar de estar desempeñando una labor permanente.

Este tratamiento legislativo contradictorio, de estabilidad absoluta por un lado e inestabilidad absoluta por el otro, fue pues una solución pragmática y criolla disparada con una escopeta de dos cañones. Además, fue fuente de una mala costumbre empresarial que ha sobrevivido hasta hoy, a pesar de ya no existir el Proem, que es la de contratar a plazo fijo a los trabajadores, aun cuando la naturaleza de la prestación no sea temporal.

El Decreto Supremo Nº 016-91-TR

El Decreto Supremo Nº 016-91-TR, de marzo de 1991, dictó normas ampliatorias y modificatorias del Decreto Supremo N° 03-88-TR del 4 de febrero de 1988, reglamentario de las normas sobre la estabilidad laboral, precisando sus alcances en caso de dos o más empleos, sobre los efectos del reingreso con relación al periodo de prueba, sobre la necesidad de comprobación objetiva laboral de la falta grave con prescindencia de las connotaciones penales que pudieran existir, sobre la precisión del tratamiento de las faltas graves y las reglas para su aplicación, sobre la aplicación del principio de inmediatez y el derecho de defensa, sobre las acciones del trabajador contra el despido, la inclusión de los trabajadores de confianza en la ley y las situaciones excepcionales de la empresa.

Mediante Decreto Supremo Nº 032-91-TR del 17 de octubre de 1991 se aprobó el Texto Único Ordenado de las normas reglamentarias sobre estabilidad laboral.

El Decreto Legislativo Nº 728: norma de flexibilidad laboral

Con fecha 8 de noviembre de 1991, al amparo de la delegación de facultades legislativas otorgadas por la Ley Nº 25327, se expidió el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, que tuvo como objetivo flexibilizar el marco legal rígido que caracterizaba a nuestro país en materia de trabajo y propiciar una legislación flexible que permitiera un mayor acceso al trabajo.

En materia de estabilidad, esta norma estableció la posibilidad de que el juez pudiera ordenar el pago de la indemnización en vez de la reposición cuando esta resultara inconveniente dadas las circunstancias. La indemnización era equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones mensuales.

También se agregan como causas justas de despido aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador, en concordancia con el Convenio 158 de OIT.

En la Segunda Disposición Transitoria y Final de esta ley, se estableció el respeto a la condición más beneficiosa, reconociendo el derecho de los trabajadores con contrato vigente al momento de su promulgación a continuar amparados en la legislación anterior.

Conviene señalar que las acciones constitucionales presentadas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de esta norma, no prosperaron y que el Decreto Legislativo Nº 728, se promulgó estando vigente la Constitución de 1979.

La Constitución de 1993

El Congreso Constituyente que preparó la Constitución de 1993, cambió totalmente el panorama de la legislación laboral, al establecer en su artículo 27, en materia de estabilidad laboral, lo siguiente: *"La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*.

Si nos atenemos al significado del texto constitucional, lo que nos dice la norma es que la ley es la que definirá el grado de protección en caso de despido arbitrario.

El Protocolo de San Salvador, anteriormente mencionado, señala claramente que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Dado el texto constitucional comentado, la legislación nacional podía prever cualquiera de las soluciones señaladas en el Protocolo de San Salvador.

El Convenio 158 de OIT señala específicamente que la legislación nacional puede ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere adecuada, como alternativa a la readmisión. Acepta, pues, tanto la estabilidad absoluta como la relativa.

Ricardo Marcenaro Frers señala muy bien que existía la posibilidad de incluir en el texto constitucional la estabilidad absoluta, pero que lo moderado y ecuánime era encontrar una solución que permitiera mayor flexibilidad al legislador futuro. *"En consecuencia, la Constitución reconoce la estabilidad laboral pero deja a la legislación que establezca el tipo de protección que se le desee brindar al trabajador"*[(3)].

Debe tenerse presente que la solución peruana de 1993, se inscribía además, dentro de un contexto mayoritario en el orden constitucional, pues a la sazón de dieciocho constituciones latinoamericanas solo dos reconocían la estabilidad absoluta, Honduras y México y de veinticinco constituciones europeas solamente Portugal la admitía[(4)].

(3) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*, Cultural Cusco, 1995, p. 170.
(4) Ibídem, p. 171.

Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo - La Ley Nº 26513

Esta ley modificó más de cuarenta artículos y derogó más de veinte del Decreto Legislativo N° 728.

En materia de estabilidad laboral, la norma más importante es aquella del artículo 71 que señala que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 76 como única reparación por el daño sufrido.

El mismo artículo señala que en caso de despido nulo cabe la reposición, salvo que el trabajador opte por la indemnización.

Vemos pues cómo esta ley define el criterio de estabilidad relativa en el despido directo o arbitrario y de estabilidad absoluta en los casos de nulidad (por despido en agravio de la sindicalización, o por ejercer derechos de demanda o denuncia contra el empleador, o por discriminación sexual, racial, religiosa, de opinión o idioma, o por embarazo, según el artículo 65), salvo que el trabajador opte por la indemnización.

Modificaciones posteriores a la Ley de Fomento del Empleo

Mediante Decretos Legislativos N° 855 de 25 de setiembre de 1996 y N° 871 de 31 de octubre de 1996, que fueron promulgados por delegación de facultades establecidas en la Ley N° 26648, prorrogada por las Leyes Nºs 26648 y 26679, se modificó el Decreto Legislativo Nº 728.

La indemnización por despido arbitrario, que originalmente fue de una remuneración ordinaria mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones mensuales (artículo 76 de la Ley Nº 26513) fue modificada posteriormente a una remuneración y media mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones mensuales, según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 871, del 31 de octubre de 1996, aclarado mediante "Fe de erratas" publicada el 2 de noviembre de 1996.

En general, el Decreto Legislativo Nº 728 y sus normas modificatorias, han sido materia de dos Textos Únicos Ordenados, por mandato del Decreto Legislativo N° 855, que son los Decretos Supremos N° 002-97-TR y N° 003-97-TR, ambos del 21 de marzo de 1997, que recogen las normas antes comentadas.

El segundo, llamado Ley de Productividad y Competitividad Laboral, recoge las normas sobre estabilidad laboral que hemos comentado, según las cuales, en armonía con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, según opción de la ley peruana y en concordancia con el Protocolo de San Salvador

y el Convenio N° 158 de OIT (artículo 34 del TUO de la LPCL, Decreto Supremo N° 003-97-TR).

A pesar de lo expuesto hasta ahora, existe en la actualidad, sin embargo, una situación algo incierta debido a ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que pasaremos a analizar y que han modificado el criterio de interpretación del artículo 27 de la Constitución vigente, que permitía la solución indemnizatoria y que pacíficamente venía siendo admitido no solamente por abogados, especialistas, centrales sindicales y tribunales, sino en especial por los fundamentos dados al momento de formarse el texto constitucional de 1993, por quienes fueron los autores de dicha norma en el Congreso Constituyente.

La norma vigente era y es perfectamente válida, aunque algunos pudieran discrepar de ella y prefirieran otras soluciones legislativas.

A este respecto, Blancas[5] nos dice que el artículo 27 de la Constitución "exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido (el arbitrario), razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido ad nútum, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario".

Precisamente eso es lo que la ley ha hecho, ha elegido a la indemnización como medio para reparar el despido arbitrario, en concordancia con la Constitución, con el Protocolo de San Salvador y con el Convenio 158 de OIT.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A pesar de que desde 1991, bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y luego a partir de 1993, durante la vigencia de la actual Constitución, los tribunales ordinarios, el Tribunal de Garantías Constitucionales (vigente hasta 1993) y el Tribunal Constitucional (vigente a partir de 1993), han venido aceptado en forma pacífica, en primer lugar, la solución normativa del Decreto Legislativo Nº 728 y luego la interpretación del artículo 27 de la Constitución vigente, en el sentido de que es la ley la que otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, aceptando la opción indemnizatoria

(5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. ARA, Lima, 2002, pp. 117-118.

como única, en los últimos tiempos, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha expedido resoluciones contradictorias en esta materia.

Así, mientras una serie de sentencias del Tribunal Constitucional admitieron la validez de la opción indemnizatoria contenida en el artículo 34 del TUO de la LPCL, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, tales como las del 28 de setiembre de 1998 (Exp. Nº 597-96-AA/TC), del 10 de agosto de 1999 (Exp. Nº 441-99-AA/TC) y del 16 de junio de 2000 (Exp. Nº 1065-99-AA/TC); sin embargo, otras han establecido nuevos criterios que no parecen fluir necesariamente de una interpretación del artículo 27 de la Constitución de 1993, ajustada no solamente a su texto sino al criterio establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, según la cual, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre la misma materia, ratificados por el Perú.

En efecto, las sentencias del 11 de julio de 2002 (Exp. Nº 1124-2001-AA/TC), del 9 de octubre de 2002 (Exp. Nº 1397-2001-AA/TC), del 29 de enero de 2003 (Exp. Nº 1400-2002-AA/TC), del 13 de marzo de 2003 (Exp. Nº 976-2001-AA/TC) y del 28 de noviembre de 2003 (Exp. Nº 963-2002-AA/TC), establecen un nuevo criterio según el cual la terminación de la relación laboral, solo puede sustentarse en causa justa establecida por la ley, pues de lo contrario sería un despido arbitrario proscrito por el artículo 22 de la Constitución y carente de efecto legal.

En la acción de amparo que corre en el Expediente Nº 976-2001-AA/TC interpuesta por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., el Tribunal Constitucional con fecha 13 de marzo de 2003, resolvió declarando fundada la acción, con base en criterios que explican más en detalle lo señalado en las otras sentencias antes mencionadas.

Los argumentos de esta sentencia, son en síntesis los siguientes:

a) que la "adecuada protección" contra el despido arbitrario a que se refiere el artículo 27 de la Constitución, no permite que como única reparación se establezca la indemnización, pues la decisión de optar entre indemnización y reposición corresponde al trabajador;

b) que el despido fundado únicamente en la voluntad del empleador es nulo y por consiguiente carente de efecto legal;

c) que el trabajador que opta por la indemnización debe recurrir a la justicia laboral ordinaria y no a la constitucional. La jurisdicción ordinaria en este caso no tiene facultad para ordenar la reposición;

d) que si el trabajador opta por la justicia constitucional, vía acción de amparo, esta es restitutoria, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación constitucional, con lo cual podrá lograr la reposición en el trabajo;

e) que si se requiere etapa probatoria, el trabajador deberá acudir a la vía ordinaria y no a la constitucional, pues esta carece de estación probatoria. Si lo hace, el Tribunal Constitucional, la declarará improcedente;

f) que en los casos de nulidad de despido, tanto la justicia ordinaria como la constitucional son competentes; y

g) que el amparo procede a decisión del trabajador en los siguientes casos: despido nulo, incausado o arbitrario y fraudulento.

Los casos Cossio Tapia (Exp. Nº 1112-98-AA/TC) que califica el despido que lesiona un derecho fundamental, y Fetratel (Exp. Nº 1124-2001-AA/TC) que hace incompatible el despido incausado con el derecho al trabajo, configuran junto al caso Llanos Huasco los criterios del Tribunal Constitucional que rigen hasta ahora.

En realidad es un error del Tribunal fulminar a la indemnización como única reparación, no solamente por lo expuesto líneas arriba respecto a las normas internacionales, sino en especial por lo dispuesto en el texto expreso del artículo 27 de la Constitución, que delega a la ley tal facultad. Por ello resulta arbitrario señalar sin mayor fundamento que la indemnización no es una adecuada protección contra el despido arbitrario.

Además, el Tribunal está confiriendo al trabajador la atribución de optar entre despido y reposición, opción que la ley no le confiere, salvo en caso de nulidad de despido.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha obviado en este caso la Cuarta Disposición Final de la Constitución que ordena interpretar las normas relativas a los derechos laborales conforme a los tratados internacionales, en este caso el Protocolo de San Salvador.

En la práctica, el Tribunal y la tendencia de los fallos actuales, nos ha hecho regresar a la estabilidad absoluta de los años 70, a pesar de que la Constitución y la ley no la prescriben, enturbiando así el ambiente laboral, despojando de certidumbre a las partes de la relación laboral y creando tensión en las relaciones de trabajo. Sin embargo, en caso del personal de confianza y de dirección, el Tribunal se contradice pues admite que pueda despedirse por pérdida de la confianza y que la protección adecuada es la indemnización (Exps. Nºs 2358-2005-PA y 0351-2006-PA/TC).

Los criterios señalados pueden generar además la posibilidad de alentar malas prácticas laborales y empresariales, fomentando la informalidad, encareciendo los costos laborales, creando incertidumbre y desconfianza en las decisiones judiciales y perjudicando el empleo.

La amparización del conflicto laboral es otra de las consecuencias de estas decisiones, limitando la presencia de los jueces especializados en el conflicto laboral e introduciendo a los jueces civiles en un mundo que no conocen, con la consiguiente desventaja para las partes por los errores judiciales que se puedan cometer y con el riesgo de vulnerar el debido proceso al obviar la prueba allí donde más se necesita. Ni qué decir de los peligros que para el trabajador representa la posibilidad de equivocarse en la acción a seguir y perder la opción indemnizatoria o retrasar sus expectativas económicas.

En el caso Baylón Flores (Exp. Nº 206-2005-AA/TC) se establece en forma vinculante que el amparo solo procede en caso de despido nulo, incausado o fraudulento en caso de que en la vía judicial no sea posible obtener una vía procedimiental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenzado o violado. También señala que el amparo no es idóneo para custionar la causa justa de despido cuando se requiere actuar elementos probatorios.

Este precedente no ha funcionado en la práctica, pues hay decisiones que no lo observan y disponen la reposición en el trabajo analizando la causa justa de despido.

Además, en alguno de los casos las sentencias del Tribunal Constitucional señalan que tienen efectos solamente para las partes vinculadas al expediente respectivo, pero puede ocurrir que los jueces al pronunciarse sobre un caso concreto, entiendan que de todas o algunas de estas sentencias se desprenden principios de aplicación general que constituyen jurisprudencia obligatoria. Parecería que la incertidumbre podría tornar difícil la decisión judicial, sobre todo si el juez entiende que tal criterio puede ser de obligatoria observancia, sabiendo que si decide apartarse del mismo, tendrá que fundamentar su discrepancia.

El Proyecto de Ley General de Trabajo

Este proyecto presentado al Gobierno a finales del año 2011, por una Comisión de Expertos de la que formé parte junto con los Doctores Carlos Blancas, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos, encargada de revisar y actualizar el proyecto preexistente que databa de seis años atrás, señaló en su informe con relación a la protección contra el despido arbitrario que:

"(…) hay que destacar, en primer lugar, que desde el anteproyecto inicial se ha mantenido la gran distinción entre entre despido 'nulo' que se repara con la reposición del trabajador y que obedece a la existencia de motivos ilícitos que comportan violación de derechos fundamentales, y el 'despido arbitrario' que supone el despido basado en una causa justa no probada en el proceso de impugnación del mismo. Este esquema –más allá de las posiciones doctrinales que se puedan sostener al respecto– se consolida con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la Sentencia Nº 976-2001-AA/TC, al considerar que la opción del legislador por la tutela resarcitoria mediante el pago de la indemnización '(…) ***es compatible con los principios y valores constitucionales****'. Sin embargo, tanto el proyecto inicial, como el posterior consenso de las partes han estimado necesario reforzar la protección contra el despido arbitrario por la vía de elevar no la cuantía por año de la indemnización, –que sigue siendo de una y media remuneración–, sino el tope máximo de esta, que actualmente es de doce remuneraciones (…) para elevar dicho tope a dieciocho remuneraciones, a los dieciséis años de servicios.*

(…)

También se fortalece la figura del despido 'nulo' incorporando los lineamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, al caracterizar como tal todo el que vulnere cualquier derecho fundamental y no solo aquellos que subyacen a los supuestos enumerados en el artículo 29 de la ley actual, razón por la cual hemos preferido denominar a esta clase de despido no por su efecto, como sucede actualmente, sino por sus causas, llamándolo por tanto, 'despido lesivo de derechos fundamentales'. Asimismo se recogen las figuras del despido 'fraudulento' y del violatorio del derecho de defensa acuñadas por el TC para sancionar aquellos despidos realizados con manifiesta mala fe al atribuir al trabajador faltas inexistentes, vulnerar el principio de tipicidad, sustentarse en pruebas falsas o fabricadas, o negar al trabajador la posibilidad de defensa, supuestos en los cuales, el depido será declarado nulo".

"En materia de despido por causas económicas, técnicas, estructurales o análogas, cuando este tiene alcance colectivo se reconoce a favor del trabajador una indemnización conforme a una escala diferente a la que se aplica al despido arbitrario, la cual puede reducirse en un tercio en caso de grave desmedro del empleador. Conviene puntualizar que la idea de indemnizar al trabajador en este supuesto fue objeto de consenso en el CNT. El anteproyecto de 2002 introdujo la figura del 'despido individualizado' por dichas causas y al respecto la Comisión ha visto por conveniente rodear al trabajador de mayores garantías respecto de las

previstas en los proyectos revisados, tales como precisar que solo procede cuando el empleador necesita suprimir plazas, otorgar al trabajador una indemnización igual que la del despido arbitrario, condicionar la materialización del despido al pago previo de esta y de los beneficios sociales y, finalmente, sancionar el despido como nulo cuando la causa invocada sea inexistente".

La normativa propuesta se encuentra en el Título II, Capítulo V del Proyecto. Hasta el presente, sin embargo, el mismo no ha merecido la aprobación por el Congreso, a pesar de tratarse de una propuesta que ha tenido como lineamiento general respetar los consensos tomados en el CNT, apartándose de ellos únicamente cuando se presentaba alguna deficiencia técnica o afectaba la coherencia interna del proyecto, o se trataba de hacer más clara la redacción, o de evitar expresiones ambiguas, confusas o reiterativas, sin afectar el contenido sustancial del consenso (numeral II del informe).

Es de esperar que en un futuro no lejano se apruebe el Proyecto y podamos contar con una norma general que defina lo que ha sido siempre una expectativa de los especialistas y de los ciudadanos: contar con una norma estable, clara y que resuelva los problemas pendientes.

Comentario general

Siempre habrá polémica y nos preguntaremos cuál es la norma adecuada y de equilibrio. Creemos que la solución constitucional del 93 lo es, coincidiendo con Javier Neves Mujica, citado por Marcenaro Frers en su obra antes citada(6), cuando señala que la fórmula es acertada por cuanto "su apertura permite al Congreso optar entre una u otra reparación. Como tal no satisface en lo inmediato a empresarios ni a trabajadores que hubieran querido una definición constitucional precisa. Pero nos parece la más conveniente para regular una institución controvertida".

Ahora que contamos con un Proyecto de Ley General de Trabajo que no ha hecho otra cosa que respetar los consensos adoptados en el CNT, creemos que es la forma correcta de aplicar la Constitución. Desde luego que habiendo la Constitución destinado en la ley la decisión, esta podría ser modificada en el futuro para hacerla más flexible o más rígida en concordancia con las normas internacionales antes comentadas.

(6) MARCENARO FRERS, Ricardo. Ob. cit., p. 170.

Además, habría que añadir un aspecto poco contemplado por los laboralistas, que es el de la interpretación constitucional. García Belaúnde[7] señala uno de los criterios de interpretación que es de la mayor importancia, el de la presunción de constitucionalidad para no crear inestabilidad en el sistema, de tal manera que debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima cautela. También señala la previsión de consecuencias. Posiblemente estos aspectos no han entrado en juego en la decisión del Tribunal Constitucional, a pesar de contar con los antecedentes de la norma constitucional en los debates del Congreso Constituyente, de los que aparece claramente que la intención de la norma era permitir a la ley resolver la opción entre indemnización y reposición para dar flexibilidad al precepto y permitir a la norma infraconstitucional, sin tener que modificar la propia constitución, resolver, de acuerdo a la realidad, cuál es la mejor opción. Véanse a este respecto los comentarios de Marcenaro Frers en su obra antes citada.

Debe tenerse presente al mismo tiempo, que el contenido del "derecho al trabajo" no tiene definición constitucional ni infraconstitucional y que la legislación internacional, a cuya luz debe interpretarse este tipo de normas legales, precisamente señala la posibilidad de la opción, dejándola a cargo de cada legislación nacional.

Finalmente, los políticos tiene la llave de una definición legislativa, a través de una ley general de trabajo, solo cabe esperar que tengan lucidez para optar por la solución propuesta pendiente de ser definida.

(7) GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". Ponencia presentada al Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994.

LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS EN LOS ÚLTIMOS VEINTICINCO AÑOS

PEDRO G. MORALES CORRALES[1]

INTRODUCCIÓN

El 14 de julio del año en curso, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) ha cumplido 25 años de vida institucional.

Cuando se fundó la Sociedad en 1988, en qué situación se encontraba la compensación por tiempo de servicios (CTS) que constituyó y constituye el beneficio social más característico de la legislación laboral peruana. Pues nada más y nada menos que en una situación de colapso, pues, la forma en la que estaba concebido este beneficio, el tratamiento que se le dio, los límites impuestos y la hiperinflación de esos años la convirtieron en un beneficio ilusorio y un verdadero perjuicio tanto para los empleadores como para el Estado.

La situación actual de la CTS es sustancialmente distinta, aunque si bien en la década de los 90 se le repotenció con gran beneficio para los trabajadores que se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada y para la sociedad en su conjunto, normas posteriores la han impactado restrictivamente.

Esta es la historia a la cual dedicaremos el presente artículo en homenaje a las Bodas de Plata de la SPDTSS.

(1) Socio Coordinador del Área Laboral y Seguridad Social del Estudio Echecopar Asociado a Baker & Mckenzie International.

I. ANTECEDENTES

La CTS tuvo como origen la Ley N° 4916, promulgada en el gobierno de don Augusto B. Leguía el 7 de febrero de 1924, como un medio de protección contra el despido arbitrario de los trabajadores empleados, ya que solo se pagaba si el cese se producía por decisión unilateral del empleador. Al poco tiempo, con la promulgación de la Ley N° 5119 del 15 de junio de 1925 su pago comenzó a efectuarse sin interesar la razón del cese, cobrando su verdadera identidad previsional; y, solo se perdía si el trabajador era despedido por falta grave; hasta que se dictó el Decreto Ley N° 21116 del 11 de marzo de 1975 derogándose esta limitación y estableciéndose que solo si la falta grave había ocasionado perjuicio al empleador, y previa definición judicial de la ocurrencia de este hecho, la CTS podía garantizar y en su caso resarcir el daño ocasionado.

En cuanto al monto de este beneficio, su inicio fue escalonado; así, conforme a la Ley N° 4916 hasta por dos años de servicios se abonaba un sueldo, de dos a cinco años dos sueldos, de cinco a diez años cuatro sueldos, de diez a veinte años ocho sueldos, de veinte a veinticinco años diez sueldos, y de veinticinco a treinta años doce sueldos.

Seis años después, con la Ley N° 6871, del 2 de mayo de 1930, se modificó el monto del pago estableciéndose que este beneficio fuera igual a medio sueldo por año o fracción mayor a tres meses. Con la Ley N° 8439 del 20 de agosto de 1936, se amplió a un sueldo para aquellas empresas que contaban con un capital mayor de 500,000 Soles Oro; y con la Ley N° 10239 del 10 de setiembre de 1945, la limitación del monto del capital desapareció. Hasta este momento se consideraba que la remuneración computable de la CTS era la básica o directa. Fue recién con la Ley N° 12015 del 2 de diciembre de 1953 en que el beneficio se incrementó al considerar como remuneración computable al básico y toda otra remuneración percibida por el trabajador al cese de modo permanente y fijo (actualmente regular o habitual).

A los trabajadores obreros recién se les reconoció este beneficio doce años después que a los empleados, con la Ley N° 8439 del 20 de agosto de 1936, fijándose en el equivalente a quince días de remuneración por año; elevándose a treinta jornales a partir del 12 de enero de 1962 conforme lo estableció la Ley N° 13842 del mismo año.

Este desarrollo unidireccional y siempre progresivo del beneficio acusó, respecto de los empleados, sus primeras dificultades en el año 1962 en que, por primera vez se consagró un trato diferente para ellos. Así, los que ingresaron a partir del 12 de julio de 1962 estuvieron sujetos a un tope de

S/. 7,000.00 en el monto de su beneficio (Soles antiguos). Lo mismo no sucedió con los que ingresaron a prestar servicios antes de la referida fecha. A quienes se les continuó calculando la CTS sin tope alguno (Decreto Supremo del 11 de julio de 1962).

Si bien con esta medida se atenuó el efecto negativo de un beneficio que era considerado por los empleadores como una carga excesiva por su efecto retroalimentador por calcularse con base en la remuneración vigente al cese, el transcurso del tiempo y los procesos inflacionarios recurrentes en nuestro país, convirtieron dicho tope en injusto para el trabajador y favorable para el empleador, poniéndose nuevamente en evidencia la imperfección del sistema, esta vez en perjuicio del trabajador.

Las soluciones posteriores fueron pendulares, beneficiando y perjudicando al empleador y trabajador, respectivamente.

Así, por Resolución N° 052-GG-67 del 2 de noviembre de 1967, el entonces Seguro Social del Empleado incrementó el sueldo máximo asegurable a S/. 12,000.00 (Soles antiguos) a partir de enero de 1968, elevándose entonces y de manera automática, porque así lo dispuso el Decreto Supremo del 11 de julio de 1962, el tope de la CTS a la indicada suma. Posteriormente se elevó a S/. 18,000.00.

Por Decreto Ley N° 21396 del 20 de enero de 1976, el tope indemnizatorio(2) aumentó a S/. 30,000.00 a partir de enero de 1976; y por Decreto Ley N° 22658 del 27 de agosto de 1979, se elevó a S/. 60,000.00, por cada año de servicios.

Por Ley N° 23707 del 5 de diciembre de 1983 se modificó el mecanismo de reajuste de los topes, de tal modo que por el tiempo de servicios prestado por los empleados entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979 tenían derecho a una CTS equivalente a un sueldo por año con el tope de un Sueldo Mínimo Vital vigente a la fecha del cese; y, por los servicios prestados a partir del 1 de octubre de 1979, el tope era equivalente a diez Sueldos Mínimos Vitales de aquel entonces por año de servicio o fracción mayor de tres meses, igualmente vigentes al cese del trabajador.

(2) A la CTS se le reconocía indistintamente como tal o como *indemnización por tiempo de servicios*. Con la reforma de este beneficio introducida por el Decreto Supremo N° 015-91-TR del 1 de marzo de 1991, se le reconoce exclusivamente con el de CTS.

En la práctica ocurrió que por efectos de la congelación del Sueldo Mínimo Vital, la CTS resultó diminuta y absolutamente injusta para los empleados que ingresaron a prestar servicios después del 11 de julio de 1962.

Posteriormente, por Ley Nº 25223 del 2 de junio de 1990 se modificó la Ley Nº 23707, estableciéndose que a partir del 1 de enero de 1990 la CTS de ese sector de empleados se calcularía sobre la base del último sueldo, sin topes; y en lo que respecta a los servicios prestados entre el 12 de julio de 1962 y el 30 de setiembre de 1979, la compensación no excedería de un Ingreso Mínimo Legal(3) vigente a la fecha de cese y por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1979 y el 1 de diciembre de 1989 se calcularía sobre la última remuneración percibida con un tope máximo de diez Ingresos Mínimos Legales vigentes a la fecha de cese.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley Nº 25223 estableció que el Ingreso Mínimo Legal que servía para el cálculo de la CTS, se indexaría a partir del 1 de enero de 1990 al Índice de Precios del Consumidor de la Provincia de Lima al que se agregaría la inflación acumulada calculada desde la indicada fecha hasta la del cese del empleado.

Este sistema de topes operó como se tiene dicho, hasta el año 1989, ya que la Ley N° 25223 estableció, irresponsablemente, sin haber efectuado una modificación sustancial del sistema vigente, que el beneficio se pague sin topes a partir de 1990.

De otra parte, con topes o sin ellos, el régimen entonces vigente en modo alguno garantizaba que al cese del trabajador, obrero o empleado la empresa le cancelara el íntegro de su beneficio dentro de las 48 horas de producido, tal como lo ordenaba la ley. Miles de expedientes judiciales en los que se reclamaba su abono daban fe de lo aleatorio en que este se había convertido, desvirtuándose entonces su sentido previsional.

Otro de los aspectos negativos para el trabajador del anterior régimen consistía en que el efecto multiplicador o colateral que cualquier incremento de remuneración tenía en la CTS, hizo que los empleadores se sintieran poco incentivados a otorgar aumentos de remuneraciones, desde que cada sol que se concedía implicaba un sol más en el beneficio, multiplicado por todos los años de servicios acumulados por el empleado al cese.

(3) El Ingreso Mínimo Legal está constituido por el sueldo o salario mínimo vital y una denominada bonificación suplementaria.

Lo cierto es que al año 1990 un trabajador cuyo sistema de incremento de remuneraciones no se regulaba por convenios colectivos, requería de 5 años para lograr acumular una remuneración completa para la CTS, puesto que además, una serie de bonificaciones o asignaciones otorgadas por disposición legal para palear la hiperinflación se encontraban excluidas de la base de cálculo de este beneficio. Tratándose de trabajadores sujetos a negociación colectiva requerían 2 años para contar con una remuneración completa.

Por su parte, las empresas, sobre todo las más antiguas y con un número importante de trabajadores, se encontraban al borde de la quiebra técnica por el pasivo constituido por la CTS.

Para el Estado, tal como se encontraba regulado este beneficio, también se vio afectado fiscalmente, ya que se consideraba que las reservas de beneficios sociales, que eran tan solo una cuenta en la contabilidad de la empresa, constituían un gasto deducible a efectos del Impuesto a la Renta.

Al 11 de marzo de 1991, fecha histórica que permitió la potenciación de la CTS, su situación era realmente dramática: había dejado de ser un beneficio, habiéndose convertido en un verdadero perjuicio social.

El Decreto de Urgencia Nº 015-91-TR cambió la historia de este beneficio y, a través de sus normas complementarias, Decreto Supremo N° 022-91-TR del 2 de abril de 1991, Decreto Supremo Nº 024-91-TR del 3 de mayo de 1991, Resolución Ministerial Nº 088-91-TR del 9 de mayo de 1991, Decreto Supremo Nº 116-91-EF del 9 de mayo de 1991 y su consolidación a través del Decreto Legislativo Nº 650 del 23 de julio de 1991 y sus posteriores modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo Nº 857 del 25 de setiembre de 1996 hicieron de este un verdadero beneficio social para la sociedad en su conjunto y no solo para los trabajadores.

Actualmente, la CTS se encuentra, en lo fundamental, consolidada en el Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo Nº 650 aprobado por Decreto Supremo Nº 01-97-TR del 27 de febrero de 1997 y reglamentado por el Decreto Supremo Nº 004-97-TR del 11 de abril de 1997. Estas últimas normas han sufrido modificaciones parciales por disposiciones dictadas posteriormente, a las que nos referiremos más adelante.

II. LA COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS

1. Fines de la CTS

A partir de 1991, en que se modernizó este beneficio social, dos eran las finalidades del mismo. La primera y más característica, la previsional, pues ayuda al trabajador a hacer frente a las contingencias que le puede originar el cese en el trabajo operando, en caso de despido, como un seguro de desempleo o, de ocurrir su fallecimiento, como apoyo económico a su familia en tanto sustituya la fuente de ingreso perdida. También opera como un capital que permite al trabajador independizarse o, si este cesa para jubilarse, como un complemento de su pensión de jubilación(4). Es cierto que estas dos últimas posibilidades también podrían considerarse en alguna forma dentro de la finalidad promocional de este beneficio, que era el segundo objetivo expresamente identificado y consignado en el Decreto Legislativo Nº 650, que inicialmente se estableció en un 20 % y posteriormente en el año 1995, a nuestro criterio indebidamente, se amplió al 50 % de libre, aunque no obligatoria, disponibilidad por parte del trabajador, a fin de satisfacer necesidades propias y las de su familia, convirtiéndolo en sujeto de crédito, beneficiándose además de las ofertas que realizan las instituciones depositarias con el objeto de captar esta forma de ahorro, como por ejemplo tarjetas de crédito, tasa preferencial de intereses, préstamos inmediatos, seguros de vida, becas escolares o universitarias, etc.

Adicionalmente la CTS moderna, tal como fue diseñada, estuvo destinada a cumplir otras finalidades, como fortalecer el ahorro interno nacional, que es fundamental para el desarrollo de nuestro país, tal como sucede con los cada vez más crecientes fondos acumulados por el Sistema Privado de Administración de Pensiones (SPP). Como es natural, ese ahorro no queda en las bóvedas de las instituciones depositarias sino que es prestado o invertido, coadyuvando al crecimiento del país, como por ejemplo en obras de infraestructura; y, con ello a la generación de nuevos puestos de trabajo.

Se trataba pues de un "multibeneficio" al que ahora, gracias a la Ley N° 29352 del 30 de abril de 2009, impulsada por el Congreso y promulgada sin mayor reflexión por el Ejecutivo, se ha reducido, anti técnicamente, exclusivamente a solo una de sus finalidades: seguro de desempleo.

(4) En la Carta del Director de la *Revista Análisis Laboral* N° 382 correspondiente al mes de abril de 2009, se señala que *"(...) la CTS no es un beneficio que debe ser evaluado y compulsado desde el Derecho del Trabajo; eso es un error, la CTS es un beneficio social específico que constituye una prestación económica del Derecho de la Seguridad Social, ya que desempeña la función de una especie de seguro de desempleo y como tal es parte de los 'Derechos Humanos'"*.

III. INTENTOS DE DESNATURALIZACIÓN DE LA CTS ANTERIORES A LA LEY Nº 29352

(i) Al poco tiempo de entrar en vigencia el Decreto Legislativo Nº 650, veinte parlamentarios se presentaron al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, demandando se declarara su inconstitucionalidad. No lograron su cometido, porque la sentencia del 10 de marzo de 1992, por razones del destino o del escaso conocimiento de los magistrados sobre esta materia, resultó inocua, al derogarse solo el efecto cancelatorio previsto en el artículo 2, que fue jurídicamente restituido posteriormente, declarándose constitucional el resto de los artículos, sin percatarse que los artículos 3 y 61 y Sexta Disposición Transitoria también regulan el efecto cancelatorio de los depósitos de la CTS. (ii) Mediante Decreto Ley Nº 25897 de noviembre de 1992, que creó el SPP, se estableció que el trabajador que se afiliara a una AFP podía optar por el incremento del 9.72% de su remuneración, en cuyo caso desaparecía la obligación del empleador de efectuar los correspondientes depósitos y provisión por CTS. Dicha norma fue derogada por la Ley Nº 26504 de julio de 1995. (iii) La Ley Nº 26513 de julio de 1995 por primera vez introdujo en la legislación laboral peruana el pacto de una remuneración anual integral que comprendía todos los beneficios legales incluida la CTS, excepto la participación en las utilidades. Esta inclusión sin duda implica la desaparición para estos trabajadores del beneficio. Sin embargo, existía una lógica y es que dicho pacto solo era posible con los trabajadores de dirección, que por su nivel no requieren de la especial protección que el Derecho del Trabajo proporciona al común de los trabajadores, pues por los ingresos que perciben se supone que se encuentran en mejor posibilidad de ahorro y por ende de protegerse contra las contingencias del cese. Sin embargo, el criterio cualitativo, antitécnicamente fue modificado en el año 1996 por el Decreto Legislativo Nº 855, variándolo a un criterio cuantitativo, al establecerse que dicho pacto puede realizarse siempre que el trabajador perciba una remuneración mensual no menor a dos UIT, monto que no necesariamente implica que el trabajador se encuentre en posibilidad de contar con ahorros suficientes. (iv) En el año 2000 se promulgó la Ley Nº 27360 de Promoción del Sector Agrario en la que se establece una remuneración diaria que incluye la CTS y las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad. Es decir a los trabajadores del campo se les privó dichos beneficios. Lo mismo ocurrió en el año 2003 con la Ley Nº 28015 y posteriormente en el 2008 con el Decreto Legislativo Nº 1086 sobre Formalización de la Micro y Pequeña Empresa[5] en que la primera le

(5) Actualmente TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de

quitó el beneficio de la CTS a los trabajadores de las microempresas, lo que se ratificó con la segunda, restringiéndolo respecto de los trabajadores de la pequeña empresa al pago de 15 remuneraciones diarias por año hasta alcanzar un máximo de 90 remuneraciones diarias, es decir el equivalente a 3 remuneraciones mensuales. (v) Respecto de la "liberalización" del porcentaje destinado al fin previsional de la CTS, y utilizando el mismo pretexto que ahora ha servido de base para dictar la Ley Nº 29352, por Decreto de Urgencia Nº 030-99 de junio de 1999, se permitió "excepcionalmente" y por "única vez", que el trabajador pudiera retirar hasta un 15 % adicional del porcentaje de libre disponibilidad permitido por la ley, que obviamente afectaba y disminuía al porcentaje indisponible que garantizaba la finalidad previsional. (vi) En esta misma línea, pero de manera extrema, en diciembre del 2000 se dictó el Decreto de Urgencia Nº 127, nuevamente como "medida única y excepcional", y hasta el 31 de octubre de 2001, a fin de atender la coyuntura económica de aguda recesión que requería del incremento de los niveles de consumo para hacerle frente, disponiéndose el depósito mensual de la CTS y su liberalización al 100 %, es decir nada para el fin previsional. Esta norma "excepcional" se prorrogó en diversas oportunidades hasta que mediante Decreto de Urgencia Nº 124 de octubre de 2003, se estableció un cronograma que concluiría en octubre de 2004 para regresar al esquema del 50 % de libre disponibilidad y 50 % dedicado al fin previsional[6].

A inicios del año 2009, el Consejo Nacional de Trabajo (ente tripartito constituido por representantes de los empleadores, de los trabajadores y del Estado) acordó se autorice la libre disposición de la CTS con carácter "temporal" utilizando nuevamente como argumento la crisis internacional. Lo curioso del caso fue que, aparentemente ninguno de estos actores sociales efectuó las consultas respectivas a sus representados, pues seguidamente a dicho acuerdo la CONFIEP, a través de su Presidente, manifestó su abierta disconformidad[7]; el Presidente de la CGTP su clara preocupación y el Ministerio de Economía y Finanzas su absoluta oposición[8], situación que propició un de-

la Micro y Pequeña empresa y Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE Decreto Supremo Nº 007-2008-TR, del 30 de setiembre de 2008 tal como ha quedado modificado por la Ley Nº 30056 del 1 de julio de 2013.

(6) Más información sobre estos intentos de desnaturalización se puede hallar en el artículo titulado "La Compensación por Tiempo de Servicios: Balance de una Reforma", Pedro G. Morales Corrales, publicado en el libro *Balance de la Reforma laboral peruana* por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador Víctor Ferro Delgado, Industrial Papiros S.A., Lima, setiembre, 2001, pp. 191 a 248.

(7) Diario oficial *El Peruano*, p. 14, de 14 de enero de 2009; diario *Gestión*, p. 3 de la misma fecha.

(8) Diario El Comercio, b1, del 14 de enero de 2009, ver recuadro; diario *Gestión*, p. 3 de la misma fecha y p. 8 del 16 de enero de 2009.

bate mediático en el que además intervinieron especialistas en materia laboral y economistas, quienes unánimemente se pronunciaron sobre la inconveniencia y en su caso inconducencia del referido acuerdo como medio idóneo para coadyuvar a la superación de la crisis internacional[9]. El resultado fue que primó la cordura y el Consejo Nacional de Trabajo dejó sin efecto su acuerdo[10].

1. Ley N° 29352

Como consecuencia de la crisis internacional que afecta a los países del mundo, siendo el nuestro, a tenor del Gobierno, especialistas y pronunciamientos de organismos internacionales, uno de los que menos está siendo afectado por encontrarse en mejores condiciones que la inmensa mayoría de los países del globo para enfrentarla, se creó en el Congreso una "Comisión Anticrisis" con el objeto de estudiar las medidas que deberían adoptarse en materia legislativa para coadyuvar a que la crisis afectara lo menos posible a nuestro país o a hacerle frente para minimizar sus efectos. Sin duda la finalidad de la referida Comisión fue loable; sin embargo, el resultado en lo que respecta a las disposiciones laborales y de seguridad social que se dictaron, en su mayoría es a nuestro criterio, francamente desastroso por antitécnicas, desnaturalizadoras de derechos y beneficios sociales y de la seguridad social y, lo que es más grave, por que implican una renuncia al liderazgo ético y político (este último término en su acepción correcta) que todos los Poderes del Estado, que en conjunto gobiernan nuestro país, deben garantizar. Es más, no aprendieron nada de la experiencia del Consejo Nacional de Trabajo, reviviendo un proyecto similar si no idéntico, que poco tiempo antes había sido desestimado.

No nos vamos a referir a los efectos de la Ley N° 29351 dictada como parte del "paquete laboral anticrisis", referida a la exoneración temporal del pago de las aportaciones a EsSalud y a los sistemas previsionales (SNP o AFP) de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad (hasta el 2014) que trae como resultado una afectación directa al trabajador y su familia que enfermen y no tengan otra posibilidad más que recurrir a los centros de EsSalud que necesariamente brindarán un servicio de menor calidad que el actual al contar con menos recursos; y al trabajador que envejezca, quien percibirá una pensión de jubilación menor a la que hubiera accedido de haber contribuido, (en su caso ahorrado), para su sistema pensionario con el pago de las aportaciones que le correspondía por la percepción de las referidas gratificaciones. Solo me limitaré a analizar la Ley N° 29352 titulada "Ley que Establece

(9) Diario oficial *El Peruano,* p. 14 del 14 de enero de 2009.

(10) Diario *Gestión*, p. 8 del 15 de enero de 2009 y diario *El Comercio* del 20 de enero de 2009, p. A4, artículo del suscrito comentando esta situación, titulado "Respeto por la CTS".

la Libre Disponibilidad Temporal y Posterior Intangibilidad de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)"; título que cuando menos parcialmente no se compadece con el contenido de la norma en lo que respecta a la "posterior intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios".

2. Disponibilidad temporal de los depósitos de CTS

El artículo 2 de esta ley establece que los trabajadores comprendidos en el beneficio de la CTS pueden disponer libremente del 100 % de los depósitos que se efectúen por dicho concepto en los meses de mayo y noviembre de 2009.

Adviértase que la regulación precedente de la CTS establecía con claridad que hasta el 50 % de este beneficio era libre, y que el trabajador podía utilizarlo, si así lo deseaba, en todo aquello que decidiera. En consecuencia esta liberalización afecta directamente al porcentaje destinado al fin previsional (hacer frente a las contingencias del cese).

La razón argüida y no probada, es que con esta liberalización los trabajadores al gastar más contribuirán al fortalecimiento o al menor debilitamiento de las empresas proveedoras de bienes y servicios que pueden verse afectadas por la crisis, cuando para ello estaba precisamente el otro porcentaje de la CTS que siempre ha sido de libre disponibilidad y cuyo porcentaje (50 %) es más que suficiente.

En otras palabras esta ley, al igual que la legislación liberalizadora anterior, les dijo a los trabajadores: *"usa tu beneficio destinado a protegerte en caso de cese y gástalo para salvar a terceros de los efectos de la crisis"*, cuando precisamente el fin previsional cobra su mayor importancia en dichas épocas en donde las posibilidades de pérdida del empleo pueden ser mayores, cumpliendo justamente una de sus varias finalidades: la de seguro de desempleo.

Pues bien, abierto nuevamente el debate sobre la liberalización de la CTS, podría sostenerse que en modo alguno se produjo consenso para adoptar semejante medida. En efecto, representantes de los trabajadores como el dirigente de la CGTP, Juan José Gorriti, manifestó su desacuerdo con la propuesta, sosteniendo que esta desnaturaliza el objetivo para el cual fue creado dicho fondo. En el mismo sentido se pronunció la Presidenta de la CGTP Carmela Sifuentes, quien señaló que *"por nuestros principios estamos en contra de que se utilicen las gratificaciones y las CTS para incentivar el consumo, cuando el Estado debería hacerlo aumentando los salarios"*[11]. En sentido con-

(11) Diario oficial *El Peruano,* p. 4, 25 de abril de 2009, y diario *Gestión*, p. 2, 30 de abril de 2009, respectivamente.

trario aunque no muy convencido, el Secretario General de la CTP afirmó que esta medida *"será un paso importante para apoyar a los trabajadores"*, aunque seguidamente sostuvo *"que esta propuesta debe ser manejada con prudencia por los propios trabajadores"*(12)

A su vez los laboralistas más connotados del país, miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), se pronunciaron de manera unánime manifestando su oposición a esta medida.(13)

Los economistas opinaron sosteniendo que, si lo que se persigue con dicha ley es conseguir un mayor consumo, ese efecto difícilmente se lograría pues tendría poca trascendencia desde el punto de vista macroeconómico. Por ejemplo, el economista y ex Viceministro de Economía Eduardo Morón manifestó que *"(…) el libre uso de la CTS favorece a las personas de ingresos estables que no necesariamente la van a destinar a un mayor consumo. La medida no necesariamente dinamizará el consumo, reiteró"*(14). Asimismo, los economistas Jorge Gonzales Izquierdo y Gustavo Yamada no se mostraron a favor de la medida, considerando un error desnaturalizar la CTS cuando es el único mecanismo que actúa como un seguro de desempleo(15). Incluso a nivel del propio Poder Ejecutivo, los voceros más importantes en esta materia como eran los Ministros de Trabajo y Promoción del Empleo y el de Economía y Finanzas, manifestaron su desacuerdo. El primero manifestó que de una evaluación económica realizada no resultaría significativo el saldo del que dispondrían los trabajadores por liberar el 100% de la CTS, "Al momento –sostuvo– los trabajadores ya utilizan una parte de la CTS y consideramos que el saldo del cual dispondrían no es relevante. Por eso estimamos que la medida no resulta del todo atinada o conveniente"(16).

A su vez el Ministro de Economía y Finanzas consideró que el impacto del proyecto de ley que plantea la liberalización al ciento por ciento de la CTS sería marginal en el consumo interno. Manifestó además que el consumo privado sigue creciendo, y difícilmente esta medida vaya a significar un cambio dramático en su expansión(17).

(12) Diario oficial *El Peruano*, p. 11, 21 de abril de 2009.
(13) Comunicado de la SPDTSS publicado en el diario *El Comercio*, p. b3 el 21 de abril de 2009.
(14) Diario *Gestión*, p. 3, 30 de abril de 2009.
(15) Diario *Gestión*, p. 2, 30 de abril de 2009.
(16) Diario oficial *El Peruano*, p. 11 y diario *Gestión*, p. 4, ambos del 21 de abril de 2009.
(17) Diario oficial *El Peruano*, p. 5, 26 de abril de 2009 y p. 7, 27 de abril de 2009.

Quienes sí se pronunciaron a favor de la medida fueron la CONFIEP y los voceros de la Asociación de Exportadores (ADEX) y de la Sociedad Nacional de Industrias (SNI)[18]. Sin embargo, después de promulgada la ley, en una entrevista concedida al diario *El Comercio,* cuando se le preguntó al Presidente de la Confiep si "¿El libre uso de la CTS en mayo y noviembre es adecuado?", manifestó que se trata de *"(…) una medida complementaria sin mayor impacto en el plan de reactivación. Hay que asegurarse que sea transitoria, lo que dice la norma, pero en el Perú nunca se sabe"*[19]. Es difícil entender que inicialmente se haya pronunciado con tanta firmeza a favor de la liberalización de la CTS, para luego sostener que no tendrá mayor impacto en el consumo y su preocupación sobre la real transitoriedad de la medida.

Finalmente resulta interesante mencionar sobre este tema que en un sondeo realizado por la página web del diario *El Comercio*, reveló que de 994 participantes, 509 usarían su CTS para pagar deudas, 402 para ahorrar y solo 83 para consumo[20]. Es decir, si la razón de ser esgrimida por la Comisión Anticrisis era fomentar el consumo para reactivar la economía (la misma que no se encuentra desactivada), de acuerdo a este sondeo no se lograría el objetivo, pues casi el 50 % de los encuestados ahorrarían su CTS, lo que estaría muy bien y demostraría un interesante grado de responsabilidad de los trabajadores, el otro 50 % lo destinaría a pagar deudas, y apenas un pequeño saldo lo dedicaría al consumo. Nos preguntamos si esta es una forma correcta de legislar.

Queda claro entonces que asumiendo (supuesto negado) la línea de pensamiento de dicha Comisión que la llevó a plantear este proyecto de ley, no ha existido una base sólida que sustente la liberalización del porcentaje previsional de la CTS. Pese a todas las críticas persistieron en su error, aprobaron la ley y el Ejecutivo, lavándose las manos promulgó una ley que jamás debió entrar en vigencia[21].

3. Restricción del fin previsional de la CTS

Lo que sí resulta francamente cuestionable es que, sin debate alguno, la Comisión Anticrisis haya inducido al Congreso y al Ejecutivo a aprobar y promulgar, respectivamente, un cambio sustantivo de la finalidad de la CTS sin que estos Poderes hubieran siquiera reaccionado.

(18) Diario *Gestión* del 21 y 22 de abril de 2009, p. 4 y 8, respectivamente.

(19) Diario i p. a2, 10 de mayo de 2009.

(20) Diario *El Comercio*, b2, 24 de abril de 2009.

(21) Véase la referencia a la "lavada de manos" en el recuadro publicado en la p. 2 del diario *Gestión* del 23 de abril de 2009.

En su artículo 1 y como objeto de la ley, se menciona que es *"(…) devolver a la Compensación por Tiempo de Servicios CTS su naturaleza de seguro de desempleo, que permita a los trabajadores tener una contingencia asegurada para la eventualidad de la pérdida del empleo"*.

Ya nos hemos referido al inicio de este artículo sobre cuáles son los fines de la CTS, que lo identifican como ningún otro como un "multibeneficio", siendo tan solo uno de ellos el de seguro de desempleo que opera exclusivamente cuando el trabajador es despedido y se ve en la necesidad de buscar otro trabajo y no lo encuentra.

El seguro de desempleo no funciona cuando el trabajador renuncia, porque ya consiguió otro puesto de trabajo o cuando igualmente renuncia para sustituir su fuente de ingreso con una actividad independiente, o cuando cesa para jubilarse, o cuando fallece el trabajador. Entonces cómo puede establecer el artículo 1 de la ley que el objeto de la CTS es que esta opere como un seguro de desempleo cuando, como se tiene dicho cumple muchos otros objetivos.

Y, en cuanto al artículo 3 de la ley que se intitula "Intangibilidad progresiva de los depósitos de CTS", como veremos seguidamente, el contenido del dispositivo no refleja la intención del título.

En efecto, si bien se establece que a partir del año 2010 se restringirá progresivamente la libre disposición de los depósitos de CTS, que gracias a esta ley es del 100 % y que su intangibilidad será del 60 % en mayo de 2010 y del 70 % en noviembre del mismo año, lo que significará que el porcentaje de libre disponibilidad se reduciría al 40 % y 30 %, respectivamente, llevándonos a pensar que se estaría regresando casi a los porcentajes originales establecidos con la reforma de este beneficio en el año 1991: 80 % intangible, de carácter previsional y 20 % de libre disponibilidad, tal percepción desaparece de inmediato, por cuanto en el párrafo siguiente se señala que a partir de mayo de 2011 y hasta la extinción del vínculo laboral, los trabajadores podrán disponer de sus cuentas individuales de CTS hasta el 70 % del excedente de 6 remuneraciones brutas. Entonces, de qué intangibilidad progresiva de los depósitos de CTS estamos hablando, cuando lo único que realmente se convierte en intangible y tal vez un poco más es el equivalente a seis remuneraciones brutas.

Esta idea sería consecuencia de algunas informaciones estadísticas que señalan que cuando un trabajador pierde su puesto de trabajo por razón ajena a su voluntad (despido, cese colectivo por causas objetivas, etc.), se demora *en promedio* 6 meses para encontrar otro puesto de trabajo, en cuyo caso y solo en este supuesto la CTS estaría cumpliendo el rol de una suerte de seguro de desempleo.

Sin embargo, dicho criterio estadístico refleja en el mejor de los casos solo un *promedio*, que se da en un determinado periodo. Las estadísticas variarán sin duda, dependiendo de la situación económica del país. Cuanto más desarrollado, las posibilidades de encontrar un trabajo sustitutorio serán mayores y posiblemente no requerirá de 6 meses de búsqueda; y cuanto más afectado por las crisis o el subdesarrollo se encuentre un país, indudablemente el trabajador desempleado requerirá de más tiempo para encontrar otro trabajo.

Además, esta estadística no se compadece con la situación que enfrentan los trabajadores con 45 años o más que pierden su trabajo, quienes pueden demorar mucho más tiempo para conseguir otro puesto de trabajo, si es que lo consiguen. Recordemos que nuestra legislación considera dentro de las categorías laborales con dificultades para acceder al mercado de trabajo, precisamente a los trabajadores mayores de 45 años. De ahí que contempla programas especiales de empleos para ellos como por ejemplo, deslaboralizando su actividad, la modalidad formativa de reinserción laboral(22).

Es por lo expuesto que el porcentaje destinado al fin previsional debe ser de incremento permanente y no restringido a un determinado monto. Cuanto más ahorre el trabajador en mejores posibilidades se encontrará para enfrentar las contingencias del cese o para independizarse económicamente, o para coadyuvar a mejorar sus ingresos en épocas de jubilación, o, en caso de fallecimiento en plena actividad, dotar a su cónyuge e hijos de un monto que les permita tranquilidad económica mientras sustituyen la fuente de ingreso perdida.

Además, y repetimos, el porcentaje previsto por este beneficio de libre disponibilidad es justamente el que el trabajador, si lo desea, lo puede utilizar para satisfacer diversas necesidades de consumo, pero, lo que no se puede hacer es desvirtuar la finalidad previsional que siempre ha sido la más importante y destacada de la CTS.

IV. VIGENCIA DE LA CTS Y NECESIDAD NUEVAMENTE DE POTENCIARLA

La CTS mantiene su vigencia en la medida que las remuneraciones de los trabajadores no son suficientes para el ahorro voluntario que les permita

(22) Ley de Formación y Promoción Laboral, D.S. N° 002-97-TR, artículos. 36 y 37 y Capítulo V de la Ley N° 28518 sobre Modalidades Formativas Laborales.

cumplir con las finalidades fundamentales de este beneficio; más aún si actualmente, como consecuencia del fenómeno globalizador y de la competencia, la continuidad del trabajo ha dejado de constituir una característica de la prestación de servicios, produciéndose ceses a edades lejanas a la jubilación. Además, por trascender a los propios trabajadores y resultar beneficioso para la sociedad en su conjunto en el ámbito del ahorro interno y sus efectos multiplicadores, se justifica plenamente la razón de su existencia y permanencia.

Es importante recordar que la CTS no es privativa o exclusiva del Perú. Con distintos nombres se otorgan en otros países como en Bolivia, Colombia, Ecuador, Brasil, Argentina, Venezuela y México.

V. REFLEXIONES FINALES

Todo sistema previsional requiere de cultura previsional, es decir, la capacidad que debe tener toda persona y sobre todo el Estado, a través de sus gobiernos de respetar y hacer respetar determinados proyectos, en este caso beneficios sociales, que para el cumplimiento de sus objetivos requiere, necesariamente, del transcurso de un largo periodo.

El caso paradigmático lo ha constituido el sistema jubilatorio. En nuestro país tanto la jubilación por tiempo de servicios de los servidores públicos (Decreto Ley Nº 20530) como el basado en la edad y años de aportaciones (Decreto Ley Nº 19990), han sido desnaturalizados y sobre todo el segundo, expoliado por los gobiernos, quienes utilizaron sus fondos para fines distintos a los de su creación, viéndose precisados a la creación de un nuevo sistema jubilatorio como es el SPP, que ojalá sea respetado.

Con la CTS somos testigos de lo que viene ocurriendo. Tan pronto se logró acumular cerca de mil millones de dólares de ahorro para el fin previsional, se dispuso su libre uso, distorsionando su destino.

Si no somos capaces los peruanos de promover proyectos de largo plazo, indispensables para el desarrollo de nuestro país y sobre todo saber respetarlos, entonces las posibilidades de llegar al desarrollo continuarán siendo lejanas, con la consiguiente frustración de las nuevas generaciones. No busquemos sustituciones, respetemos a la CTS.

Ojalá, pues la esperanza es lo último que se puede perder, que se devuelva a la CTS su verdadera dimensión de multibeneficio.

SUBCONTRATACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES Y BALANCE LEGISLATIVO

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS[1]

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón al advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por encontrarse a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de stock de productos o que aglutinen internamente no solamente su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar. Se presenta una modificación de paradigma organizacional en el cual surge el "adelgazamiento" empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Esta necesidad empresarial de adoptar un esquema descentralizador o externalizador ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados con aspectos esenciales de su actividad empresarial[2]. Ante esta irrupción de fenómenos descentralistas, el Derecho del

(1) Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Docente en la Universidad ESAN
Director en PricewaterhouseCoopers (PwC).

(2) Cf. DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina. *Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*.

Trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario(3). Esta afectación al concepto clásico de subordinación produce, *"(…) una cierta 'huida' del Derecho del Trabajo, en el sentido que se está instrumentando un desvanecimiento de la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, que es, mucho más allá de las exigencias organizativas que se aducen como causa 'objetiva' de dichos fenómenos, el objetivo de estos mecanismos"*(4).

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes y negativas, toda vez que inciden en el incremento de la contratación temporal y, por ende, en la creación de "trabajadores de segunda categoría" que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función de su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa, estos últimos ubicados con menores posibilidades de acceso a derechos laborales.

Los esquemas empresariales de descentralización, legítimos en tanto responden a la libertad del empresario de acomodar, como mejor le parezca, la organización de la cual es titular, generan como es natural efectos negativos tanto en los derechos individuales como colectivos de los trabajadores involucrados.

Lamentablemente nuestro legislador no ha respondido de manera técnica a dicho impacto, sino más bien atendiendo a criterios políticos que ocasionaron que la normativa en materia de subcontratación siga un ciclo pendular muy usual en la legislación laboral peruana. Así, la regulación fue inicialmente restrictiva, luego exageradamente permisiva, para llegar a lo que tenemos hoy, normas con cierto nivel de tuición al trabajador pero técnicamente deficientes. A este desarrollo normativo nos referiremos en este artículo, a propósito del 25º aniversario de nuestra sociedad.

(3) Cf. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. ARA. Lima, 1997, p. 60.

(4) Véase el blog del profesor Antonio Baylos en: <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-paradigma-productivo-de-la.html>.

II. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO COMPLEJO DE LA SUBCONTRATACIÓN: BREVES NOCIONES CONCEPTUALES, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DEL MISMO

En forma previa al desarrollo normativo, conviene realizar una precisión terminológica sobre el tema que nos ocupa.

El profesor Óscar Ermida[5] presenta tres sentidos del término "subcontratación", transitando por una acepción "amplísima, económica o sociológica" que comprende a toda operación de descentralización empresarial, luego una variante "amplia", que se emplea para hacer referencia a uno de los instrumentos jurídicos para ejecutar la descentralización empresarial, culminando con una versión "estricta", que incluye únicamente la subcontratación empresarial y deja de lado el suministro de mano de obra. El autor se inclina por el sentido "estricto" (subcontratación empresarial), al considerar a la descentralización productiva o tercerización como el modo de organizar la producción, siendo sus manifestaciones jurídicas, la intermediación, el suministro de mano de obra y la subcontratación empresarial.

Con la finalidad de ubicarnos en la concepción de "subcontratación" desde el aspecto terminológico, corresponde reproducir algunas definiciones de lo que vendría a ser el fenómeno de carácter organizativo cuya expresión jurídica per se la constituye la subcontratación. Nos referimos a la descentralización productiva. El propio Ermida ensaya una definición afirmando que *"(…) consiste en un modo de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a terceros de determinadas operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado (…)"*[6] .

De manera similar el profesor Cruz Villalón sostiene que mediante este término, o propiamente su acepción inglesa (*outsourcing*) se hace referencia a la cesión a un tercero de "todos o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios". Posteriormente, el término se expande para referirse "a la cesión de terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye

(5) Asociado honorario de nuestra Sociedad, fallecido el 7 de junio de 2011.

(6) ERMIDA, Óscar. *Descentralización*, p.13.

su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean estas"[7].

Resulta conveniente señalar que la descentralización productiva podrá articularse mediante distintos mecanismos como los grupos de empresa, el trabajo en red, el teletrabajo o el trabajo autónomo[8], siendo la subcontratación uno de los más relevantes aspectos jurídicos del fenómeno descentralista.

Advertimos que la descentralización productiva no constituye un fenómeno organizacional de carácter jurídico sino económico, pues las empresas se desvinculan tanto de actividades periféricas como de aquellas comprendidas en su proceso productivo por diversas razones y que la subcontratación es aquel instrumento jurídico por excelencia que coadyuva a dicho adelgazamiento empresarial.

Siguiendo con el análisis conceptual, Ermida ofrece una definición de "intermediación", afirmando que en este esquema el tercero no es una empresa que posea su propia estructura sino que se limita a figurar formalmente como empleador que sirve a la empresa principal o receptora de mano de obra, el llamado "hombre de paja"[9]. Esta acepción, nos dice, es muy similar a la de "suministrador de mano de obra", pues en este caso el empresario suministra trabajadores a su cliente (empresa principal), siendo ese el único objetivo de su negocio[10].

Ahondando en las disquisiciones, Bronstein toma partido desde el inicio de su investigación[11] por el término "subcontratación" añadiéndole el adjetivo "laboral", con el fin de evidenciar sus efectos naturales en nuestra disciplina, para luego señalar que existen diversas prácticas conocidas como la subcontratación de producción, servicios, obra, tareas, mano de obra. Coincidimos con Bronstein cuando alerta que deben ser de nuestro interés aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que

(7) CRUZ VILLALÓN Jesús. "Outsourcing, contratas y subcontratas". Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

(8) CRUZ VILLALÓN Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley, Lima, 2009. p. 33 y ss.

(9) Cf. ERMIDA. Ob. cit., p. 27.

(10) Ibídem. p. 28.

(11) Nos referimos a BRONSTEIN, Arturo S. "La subcontratación laboral". Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas*. Cuadernos de Integración Andina. Nº 20, Lima, diciembre de 2007.

ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo[12]. Por ello, sostiene Bronstein[13], la subcontratación laboral comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial[14].

Conviene en este punto señalar que para un sector de la doctrina nacional, cuya opinión compartimos, la subcontratación es el "efecto estrella" de la descentralización productiva[15], la cual supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas. Esto nos lleva a reflexionar sobre la importancia de la subcontratación en la medida que las relaciones jurídicas pueden ser similares a una de empleo. No pretendemos crear una tercera categoría de trabajadores pero no puede negarse que en un esquema de cesión de mano de obra el usuario actúa como empleador mientras que una prestación de servicios el cliente de alguna manera se encuentra en posición de imponer ciertas decisiones a la subcontratista y con ello indirectamente al personal.

En nuestra opinión es apropiado el empleo de la alocución subcontratación para referirnos al correlato jurídico de la descentralización productiva, cuya acepción, de acuerdo a la categorización propuesta por Ermida, adoptamos en su sentido amplio, y que además, tomando la definición de la OIT[16] clasificamos en subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios y subcontratación de mano de obra[17].

(12) Ibídem, p.15.

(13) Ídem.

(14) En la misma línea de pensamiento BENSUSAN, Graciela. "La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?." En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas.* Cuadernos de Integración Andina. Nº 20. Lima, diciembre de 2007.

(15) Cf. ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores. Lima, 2006.

(16) La Organización Internacional del Trabajo no ha sido ajena a la subcontratación, pues se ha ocupado de la misma en dos Conferencias Internacionales del Trabajo, en la 85ª reunión llevada a cabo el año 1997 y en la 86ª reunión celebrada el año 1998, sin llegar a un consenso para la aprobación de un Convenio Internacional del Trabajo y su correspondiente Recomendación. El tema ha sido nuevamente abordado en la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2006 en su Informe V(1) y tenido en cuenta para la elaboración de la Recomendación sobre la Relación de Trabajo Nº 198 el mismo año. Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión, 1997.

(17) Sobre este tipo de subcontratación podría entenderse que propiamente no ocurre una manifestación de descentralización productiva pues no se está externalizando actividades sino contratando a una empresa para que suministre temporal. Sin embargo, creemos conveniente en este punto adoptar una perspectiva amplia entendiendo esta subcontratación de mano de obra como una forma de derivar a un tercero cierto tipo de obligaciones que, de no existir suministro, serían asumidas por la empresa principal. "Es, pues, un caso de exteriorización del empleo que da origen a una relación triangular en la cual la actividad de los trabajadores se ha de realizar en la propia empresa usuaria". (ERMIDA. *Descentralización*, p. 29).

La subcontratación de producción de bienes o servicios, o subcontratación de empresas supone que una empresa confíe a otra la realización de una obra o prestación de servicios, debiendo esta última ejecutar el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (subcontratista), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como tal.

El cliente (usuario, destinatario de los servicios) le retribuirá en función del resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los trabajadores que se empleen para la ejecución del contrato. Lo fundamental en este esquema son los resultados.

La subcontratación de mano de obra por su parte aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada "intermediación laboral" por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

1. Causas y consecuencias de la subcontratación

Desde la perspectiva económica y empresarial, entre las posibles causas de la descentralización productiva, cuya manifestación estrella es la subcontratación, se encuentran: a) la reestructuración de la economía, b) el aumento de la competencia que exige la reducción de costos, c) la revolución de la tecnología, d) la necesidad de adaptación a los cambios del mercado, e) el desempleo y la debilidad de las organizaciones sindicales, f) la armonización de las plantillas de trabajadores según las necesidades de organización, g) la eficiencia técnica, y h) el perfeccionamiento del producto final[18].

Bronstein por su parte clasifica los factores desencadenantes de la subcontratación en dos grandes grupos, los factores determinantes y los coadyuvantes. En la primera categoría incorpora al entorno económico debido al aumento de la competitividad y la consiguiente obligación de la empresa de

(18) Cf. ERMIDA. Ob. cit., p. 17.

racionalizar su organización productiva. Nos dice el autor que las empresas deben adecuar su estructura al cambio de paradigma del fordismo al toyotismo. En lo que a factores coadyuvantes se refiere, nos encontramos con el incremento del desempleo, el cual permite disponer de una gran reserva de trabajadores que acceden a laborar en condiciones que no hubieran aceptado en situaciones de escasez de mano de obra, la pérdida de poder sindical y por ende su capacidad de resistir los cambios en la organización empresarial, la flexibilización de la legislación laboral, que facilita el recurso a la subcontratación, y las políticas de ajuste de corte neoliberal que fomenta prácticas como la subcontratación(19).

De lo expuesto, puede afirmarse que la descentralización obedece fundamentalmente a causas económicas, tecnológicas y organizativas, las cuales requieren que la organización se encuentre a tono con la competitividad laboral generada por la globalización económica poseyendo la elasticidad necesaria para enfrentarse a un mundo de constantes cambios, situación que requiere sin duda una adaptación tecnológica para cumplir con los pedidos de producción en el momento justo y que tiene en las medianas y pequeñas empresas al paradigma de agilidad ante los mencionados cambios(20).

Sin embargo, debemos reconocer que también existen razones de orden laboral(21), que han coadyuvado a la expansión del fenómeno descentralizador. No es para nada descabellado sostener que la alta desocupación y el debilitamiento sindical han sido el escenario propicio para el desarrollo de esta forma de organización empresarial que sin duda socava las bases del esquema clásico de la relación laboral y por ende del ámbito del Derecho del Trabajo. No significa que el propósito de la descentralización productiva sea solamente la reducción de costos operativos, entre ellos los laborales, pero ello es tenido como una razón válida por algunos defensores de esta forma de hacer empresa como los citados anteriormente.

(19) Cf. BRONSTEIN, Arturo S. Ob. cit., p. 17.

(20) Para un mayor desarrollo sobre este punto véase también: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "La descentralización empresarial y el derecho del trabajo". En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Obra colectiva del Grupo de los Miércoles; Primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

(21) Ibídem, p. 19.

2. Principales consecuencias de la subcontratación

De acuerdo a la OIT[22] el principal problema que se plantea es si los trabajadores sometidos al trabajo en subcontratación disfrutan de un nivel adecuado de protección social comparado al que poseen los trabajadores directamente empleados, respuesta que suele ser negativa. La OIT advierte además que el empleo del personal subcontratado es mucho menos seguro que los contratados directamente por la empresa principal, las horas de trabajo suelen ser más largas en tanto su remuneración suele vincularse a labores específicas, su salario es inferior al de los contratados en la principal, pudiendo el trabajo de este personal convertirse en una zona de alto riesgo para toda clase de accidentes y enfermedades profesionales.

A similar conclusión arriba Diego López[23] cuando sostiene que "el principal efecto precarizador (…) consiste en que la empresa principal se desentiende del cumplimiento de las obligaciones laborales, no reconociendo como tales a los trabajadores subcontratados".

En lo que a las relaciones individuales de trabajo se refiere, podemos señalar que las principales implicancias de la subcontratación son las siguientes[24]: i) alteración de la noción de empleador, pues constituye un problema su localización; ii) degradación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado; iii) uso intensivo de mano de obra temporal; iv) desaparición de la estabilidad laboral del personal subcontratado.

En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, uno de los efectos más palpables de la descentralización productiva es el empequeñecimiento de las empresas[25], el cual se traduce en una fragmentación de las mismas en reducidas dimensiones en las que no cabe la negociación colectiva. Asimismo, proliferan de empresas aparentes, y a su vez ocurre una dispersión de trabajadores, resultando casi imposible constituir un sindicato[26].

(22) OIT. Trabajo en régimen de subcontratación. Ob. cit., p. 23.

(23) LÓPEZ, Diego. "La subcontratación y la precarización del empleo". En: *Gobierno de Chile*, Boletín Oficial Computacional. Octubre, 1996. Lexis Nexis. En:<www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf.p.5>.

(24) Cf. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa. "Descentralización productiva y relaciones laborales". En: *Relaciones Laborales.* Revista Crítica de Teoría y Práctica. Editorial La Ley. Nº 9. Año XXVI. Mayo, 2010.

(25) Cf. SORIANO CORTES, Dulce. *Las Contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Mergablum. Sevilla, 2007. p. 300.

(26) PEÑA HUMAÑA, Margarita. "Derecho Laboral: subcontratación y suministro de trabajadores". En: *Revista Laboral de ICAL* (Programa de Estudios Laborales del Instituto de Ciencias de Alejandro Lipschutz). Nº 2, julio-setiembre 2005. <www.Revistalaboralical.cl>.

III. REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL PERÚ

1. Regulación de la subcontratación de mano de obra (intermediación laboral)

Hace 25 años, es decir, en 1988, año que coincide con la fundación de nuestra Sociedad, la intermediación laboral se encontraba regulada por la Ley Nº 24514[27], Ley de Estabilidad Laboral, vigente desde el 6 de junio de 1986[28], cuyo artículo 32 permitía la intermediación laboral a través de empresas de servicios que efectuaran *"(…) actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado (…)"*, prohibiéndose que la misma comprendiera actividades permanentes.

En el mismo sentido se pronunció el artículo 35 del Decreto Supremo Nº 003-88-TR, Reglamento de la Ley de Estabilidad Laboral, al disponer que *"(…) de conformidad con el artículo 32 de la Ley, las empresas podrán celebrar contratos con empresas de servicios, debidamente autorizadas e inscritas, para la realización de actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Los trabajadores que desempeñen estas labores deberán mantener vínculo laboral permanente con la empresa de servicios que los hubiere contratado (…)"*.

Hacemos notar que en la norma de 1986 se habilitaba la subcontratación de mano de obra únicamente para actividades complementarias y especializadas, sin definirlas, disponiendo expresamente que el personal subcontratado debiera vincularse en forma indeterminada con la empresa de servicios.

El 12 de noviembre del año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, norma que amplió el terreno de la intermediación laboral (hasta ese momento para labores complementarias y especializadas) a labores principales pero de naturaleza temporal. Para ello además de las empresas de servicios complementarios se sumaron las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Es interesante comentar que el texto original del Decreto Legislativo Nº 728 estableció como límite cuantitativo al personal destacado al 20 % de la planilla de la empresa usuaria, tope ampliado al 50 % en 1996 por el Decreto Legislativo Nº 855.

(27) Esta Ley fue derogada por la Ley Nº 26513, vigente desde julio de 1995.

(28) Es interesante comentar que la intermediación laboral en nuestro país se encontró proscrita hasta el año 1978 cuando fue permitida por el Decreto Ley Nº 22126, cuyo artículo 27 autorizó la prestación de servicios a quien no era empleador directo aunque solamente para ejecutar labores complementarias (mantenimiento, limpieza, seguridad).

En la actualidad, la intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR[29], dispositivos que permiten la prestación de dichos servicios solo en determinados supuestos y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

Es decir, mientras que la regla general es la contratación directa del personal[30], la intermediación laboral es un supuesto excepcional, que se encuentra regulado de manera restrictiva. En efecto, según el artículo 3 primer párrafo de la Ley, *"la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización"*.

Así la normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales[31] de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias[32] o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

Consideramos deficiente la técnica normativa adoptada, pues la tendencia en el derecho comparado y a nivel de la OIT considera que el suministro

(29) Es interesante comentar que a partir de lo dispuesto en estas normas no es posible subcontratar personas naturales sino únicamente personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades. En efecto, el artículo 2 de la Ley Nº 27626 señala que "la intermediación laboral solo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral". Véase: ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación*.. Ob. cit., p. 41.

(30) El artículo 4 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR contiene una presunción a favor de la contratación indefinida al señalar que, *"(...) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"*.

(31) Mediante el Decreto Supremo Nº 008-2007-TR se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria a efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente, pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

(32) El artículo 1 del D.S. Nº 003-2002-TR entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios. Sin embargo, a contracorriente del criterio imperante en otras latitudes, para la regulación peruana el destaque de mano de obra se circunscribe a los supuestos descritos en el párrafo precedente.

Al detallar la regulación sobre intermediación laboral, resulta ineludible efectuar un breve repaso sobre la participación de las cooperativas en este rubro(33). Según lo establece nuestra legislación, las cooperativas también se encuentran habilitadas para prestar servicios de intermediación laboral temporales, complementarios o altamente especializados. En el primer caso se tratará de una Cooperativa de Trabajo Temporal y, en el segundo, de una Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo. Las cooperativas tuvieron gran auge por la política de flexibilización de regulaciones laborales implementada en el Perú en los años noventa. Dicha regulación permitió que el personal destacado a través de cooperativas pudiera ascender al 50 % del total de trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

Aunque parezca irreal una empresa en ese momento podía contratar trabajadores mediante una cooperativa hasta una proporción equivalente al 50% de su personal, del 50 % restante seguramente un 25 % podían ser personas bajo modalidades formativas, un 15 % por honorarios profesionales y solamente el 10 % contratado directamente en planillas y quizás mayoritariamente mediante contratos de duración determinada.

Cuando el número de cooperativas se multiplicaba comenzaron a tener más asalariados que asociados y comenzaron a incumplir con sus derechos laborales, generando enormes márgenes de explotación que el Estado trató de evitar promulgando el año 1996 la Ley Nº 26523, el Decreto Supremo Nº 004-98-TR y la Resolución Ministerial Nº 059-98-TR. Con estas normas se buscó prevenir la utilización fraudulenta de las cooperativas, pues en los hechos el asociado-trabajador de la cooperativa que suministra mano de

(33) Para un balance sobre el cooperativismo en el Perú nos remitimos a MOGROVEJO, Rodrigo; Vanhuynegem, Philippe y VÁSQUEZ, Manuel. *Visión panorámica del sector cooperativo en Perú. El renacimiento de un modelo.* OIT, Oficina de la OIT para los Países Andinos, La Paz, 2012. p. 104.

obra posee una naturaleza más cercana al de un trabajador dependiente que a la de un asociado.

Si bien no resulta tarea fácil cuantificar el número de estas cooperativas, hay 64 registradas oficialmente , aunque en el año 2002, cuando se creó el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral (RENEEIL) del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que obligaba al registro para poder brindar este servicio, solo se registraron 23. En 2010 y 2011 se han inscrito en este registro y por consiguiente están autorizadas para brindar el servicio de intermediación laboral, solamente cinco cooperativas de trabajo y fomento del empleo (Acrux Ltda., Global, Business and Human Resources Ltda., Integración Dinámica Ltda., Minkawasi Ltda. y Santo Domingo Ltda.)[34].

Es criticable que las cooperativas realicen actividades de intermediación laboral, toda vez que su dedicación al suministro de mano de obra distorsiona la naturaleza cooperativa de la institución y ello genera que la integración a la cooperativa no gire en torno al *affectio societatis* sino a la consecución de un puesto de trabajo. Se pierde pues el elemento asociativo que es esencial por naturaleza en este tipo de instituciones quedando únicamente la relación de trabajo. En razón a ello, los trabajadores de la cooperativa deberán ser tratados como personal de la misma.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley N° 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación laboral. Así, la Ley señala que si la fianza[35] otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, estas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

En otras palabras, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, que no están cubiertos por la fianza. Inexplicablemente las obligaciones de seguridad social se encuentran excluidas de la responsabilidad

(34) Ibídem, pp. 62-63.

(35) El artículo 24 de la Ley Nº 27626, dispone que "las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerán los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía".

solidaria, por lo que es usual que las entidades recaudadoras queden impagas, con el evidente perjuicio a los afiliados y pensionistas de las mismas.

Por otro lado, las normas disponen que se entiende desnaturalizada la intermediación laboral y, por ende, la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador indebidamente intermediado y la empresa cliente o usuaria del servicio cuando ocurre el destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria, para cubrir personal que esté ejerciendo su derecho de huelga, para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa, entre otros supuestos. Esta situación podrá ser comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme lo señala el artículo 5 de la Ley Nº 27626, concordante con el artículo 14 de su Reglamento, o en un proceso judicial(36) promovido por el personal involucrado en la intermediación laboral.

En el Derecho Comparado(37), podemos mencionar que las regulaciones Boliviana (Ley General del Trabajo y su Reglamento), Colombiana (Código Sustantivo del Trabajo), Chilena (Código del Trabajo), Paraguaya (Código del Trabajo) y Uruguaya (Ley 18.251), salvo la Ecuatoriana, consideran a la intermediación de trabajadores como una forma de reclutamiento laboral, siendo los intermediadores aquellos que ponen en contacto a los ofertantes con los buscadores de empleo(38).

La norma del Ecuador asemeja la intermediación a lo que ocurre en nuestro país, pues permite el destaque de actividades complementarias y servicios técnicos especializados (Mandato Constituyente Nº 8) sin denominarlas intermediación laboral.

En lo que a empresas de servicios temporales se refiere, para las legislaciones Argentina, Colombia, Chile y Perú las Empresas de Servicios Temporales deben estar constituidas como personas jurídicas cuyo objeto social exclusivo es la cesión temporal de trabajadores. En Brasil, pueden ser personas naturales o jurídicas.

2. Regulación de la subcontratación de producción de bienes o servicios

Hasta antes del año 2002 la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios carecía en nuestro ordenamiento de regulación laboral

(36) Vide nota 32.

(37) Alcances tomados de la consultoría elaborada por el Profesor Alfredo Villavicencio Ríos para la Oficina de Actividades Organización de Trabajadores (ACTRAV) de la Organización Internacional del Trabajo. Publicada en <http://actrav.oit.org.pe . Diciembre 2009>.

(38) Este mecanismo se lleva a cabo en nuestro país a través de las agencias de empleo reguladas mediante Decreto Supremo Nº 020-2012-TR.

propia, por lo que debía recurrirse al Código Civil, norma de aplicación supletoria, puntualmente a sus artículos referidos a los contratos de prestación de servicios (artículos 1755 y siguientes del Código Civil). El Código regula las modalidades de locación de servicios o de obra (artículos 1764 a 1789 del mismo Código)(39). Como es evidente, esta norma no tutelaba en absoluto los derechos del personal involucrado en la subcontratación.

Un primer ensayo, que podemos calificar como nimio, ocurrió en el año 2002 con la regulación contenida en el Decreto Supremo Nº 003-2002-TR(40), Reglamento de la Ley Nº 27626(41). Su artículo 4, de cuestionable legalidad(42), dispuso los supuestos que no constituían intermediación laboral, entre los que se encontraban la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, denominada por nuestro ordenamiento como "tercerización".

Además de lo anterior, esta norma estableció los requisitos esenciales para la validez de la llamada tercerización sin reconocer protección alguna a los trabajadores involucrados en esta relación triangular, nos referimos al personal de la empresa usuaria o contratante y al de la subcontratista(43). Posteriormente, en el mes de setiembre del año 2007, el Poder Ejecutivo tuvo la buena

(39) Inclusive hoy, que tenemos regulación tutelar de los trabajadores en un esquema de subcontratación, aún resulta aplicable el Código Civil en lo que se refiere a la relación jurídica interempresarial.

(40) Previamente a esta regulación existía la impresión de que la subcontratación iba a encontrarse regulada únicamente por la Ley Nº 27626, la misma que como hemos visto posee mecanismos jurídicos tutelares de los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación.

(41) Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2002.

(42) Toda vez que la Ley Nº 27626 norma a la intermediación laboral y este artículo 4º señala qué casos no son intermediación, los mismos que no han sido desarrollados por la Ley. El texto del artículo 4 es el siguiente:
*"**Artículo 4.- De la tercerización de servicios***
No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.
Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal".

(43) Tamaña indefensión generó un uso abusivo de la tercerización, toda vez que muchos pseudoempresarios con la finalidad de evitar ser comprendidos en la legislación en materia de intermediación laboral diseñaban una tercerización que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, no resistía el mínimo análisis pues se trataba de un destaque de mano de obra encubierto. Esta deficiente regulación aunada a la conocida falta de potencia inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo generó un profundo atentado contra los derechos laborales de los trabajadores involucrados en este fenómeno organizativo, en tanto, además de los naturales efectos nocivos en la relación de trabajo, padecieron una extrema precarización de sus condiciones de contratación.

intención de otorgar cierto nivel de tutela al personal involucrado en la tercerización a partir de la emisión del Decreto Supremo Nº 020-2007-TR, el cual amplió la regulación contenida en el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR incorporándose los artículos 4-A, 4-B y 4-C a dicho cuerpo normativo(44).

De esta ampliación podemos rescatar la regulación expresa de la desnaturalización de la tercerización(45), la cual supone que, si en una inspección laboral, o en el marco de un proceso judicial iniciado por alguno de los trabajadores afectados, se comprobaba que la tercerización incumplía las obligaciones previstas en el artículo 4 del D.S. N° 003-2002-TR o implicaba una mera provisión de personal, la autoridad concluiría que el personal desplazado posee una relación laboral directa y a plazo indefinido con la empresa cliente(46).

(44) *"**Artículo 4-A.- Desplazamiento de personal a unidades de producción de una empresa principal***
Los contratos que ejecutan alguna de las modalidades establecidas en el artículo 4 del presente decreto supremo, con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.
Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.
Artículo 4-B.- Desnaturalización
La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.
Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales
Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador (…)".

(45) La Ley Nº 29245 y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, normas que actualmente regulan a la tercerización, consideran, como supuestos en los que la misma se desnaturaliza a los siguientes:
a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del reglamento (asunción de riesgos del tercero, recursos propios para prestar el servicio, equipamiento, entre otros) indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

(46) Es importante comentar que, a nuestro entender en forma equivocada, el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la desnaturalización de un contrato de intermediación laboral (Expediente Nº 0690-2012-PA/TC, Willian Carlos Huancas Gonzales contra Electronorte-ENSA, Expediente Nº 01306-2012-PA/TC, Franklin Villacorta Sánchez contra Sedapal, Expediente Nº 01995-2012-PA/TC, Jorge Minbela Salazar contra Electronorte-ENSA, Expediente Nº 02000-2012-PA/TC, José Fabricio Rea Guillén contra Electronorte-ENSA, Expediente Nº 2779-2011-PA/TC, Antonio Armando Sandoval Villar y otros contra Compañía Minera Antamina S.A., Expediente Nº 2755-2010-PA/TC, Tito Alfredo Matos y otros contra la Compañía Minera Atacocha S.A. y la Empresa Especializada Opermin S.A.C., entre otras).

Los demás preceptos recordaban cuáles eran los derechos laborales del trabajador involucrado en la subcontratación, pero sin regular nada nuevo.

Actualmente, la subcontratación de bienes y servicios se encuentra normada por la Ley Nº 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo Nº 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, siendo de aplicación supletoria el marco normativo contenido en el Código Civil.

Las normas en mención disponen que una real tercerización(47) implica que el tercero (subcontratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales(48) y con el personal bajo su exclusiva subordinación(49). Es interesante comentar que a partir del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias(50) que impliquen desplazamiento continuo(51) del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones(52) del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

(47) Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.

(48) Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.
Dicha disposición del Decreto Supremo Nº 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el Expediente Nº 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el Expediente Nº 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

(49) Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

(50) Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpan la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda de una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por si cuestionable, pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

(51) Se configura la continuidad cuando:
a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

(52) Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquel.

La experiencia normativa latinoamericana(53) señala que la tercerización consiste en la prestación de servicios (a veces también se les denomina "obras", "trabajos" o "actividades especializadas") por parte de un contratista en beneficio de una empresa principal, en virtud de un acuerdo contractual, asumiendo todos los riesgos, con recursos propios y con trabajadores que se encuentran bajo la exclusiva subordinación del referido contratista. El elemento de la autonomía empresarial, técnica y directiva del contratista es subrayado en las legislaciones de Colombia y Paraguay, además de la peruana.

La definición legal de la tercerización en Chile comprende únicamente a la que se lleva a cabo con desplazamiento a la empresa principal al igual que la peruana.

(53) En países como Colombia, Chile, Paraguay y Uruguay.
Conviene precisar que en Ecuador, la tercerización fue prohibida primero por el Mandato Constituyente Nº 8 y luego por la Constitución de 2008.
Si bien el artículo 1 del Mandato Constituyente Nº 8 prohíbe la tercerización, la misma norma permite el funcionamiento de personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias (artículo 3), la contratación civil de servicios técnicos especializados en el Sector Público (Primera Disposición General), y la contratación civil de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos, de sistemas, etc. (Segunda Disposición General).
En todo caso, el artículo 327 de la Constitución Ecuatoriana es más permisivo que el artículo 1 del Mandato Constituyente Nº 8, puesto que aquel prohíbe "la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora", mientras que este prohíbe "la tercerización" en general.
En Bolivia el Decreto Supremo Nº 0107-2009 prohíbe la subcontratación que tenga por finalidad eludir el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales. Al respecto, no se le otorga a la subcontratación el trato de una actividad ordinaria o común, sino más bien el de algo excepcional que debe aplicarse restringidamente y bajo rigurosa fiscalización.
Finalmente, en Venezuela, la Ley Orgánica de Trabajo, aprobada por Decreto Nº 8.938 del 30 de abril de 2012, prohíbe la tercerización, comprendiendo en dicho concepto a la contratación de actividades principales de carácter permanente con desplazamiento de personal a las instalaciones del cliente, y a la intermediación de trabajadores, señalando que las empresas principales (patronos) incorporarán a su nómina a los trabajadores subcontratados. Es importante comentar que el artículo 49 de la Ley regula la figura del contratista, definiéndolo como las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores o trabajadoras bajo su dependencia. Luego en el artículo 50 se permite la actuación de las contratistas inclusive para actividades principales aunque entendemos referida a actividades temporales.
La Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Trabajo establece que en un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de la misma, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiario de sus servicios.
Comentarios tomados de la consultoría efectuada por Alfredo Villavicencio Ríos para la Oficina de Actividades Organización de Trabajadores (ACTRAV) de la Organización Internacional del Trabajo (Diciembre de 2009).

Unas breves líneas para comentar la regulación sobre subcontratación en el Proyecto de Ley General de Trabajo, la cual nos parece adecuada aunque podría mejorarse. Así, se podría no limitar la tutela laboral a la subcontratación con desplazamiento de trabajadores a las instalaciones de la empresa usuaria (el ámbito denominado "centro de operaciones" de la normativa actual nos parece interesante), mejorar la fianza al incorporar a los derechos laborales y no solamente a las obligaciones previsionales y, sin duda, cambiar el ámbito de la responsabilidad solidaria, pues excluye a las obligaciones laborales (a la inversa de lo que ocurre en la actualidad que se excluye a las previsionales) lo cual debilita la protección a los trabajadores desplazados y libera de la mayor responsabilidad a la empresa usuaria que se beneficia económicamente del trabajo del personal que es desplazado a sus instalaciones.

IV. REFLEXIONES FINALES

La subcontratación constituye la expresión jurídica por excelencia del fenómeno organizativo empresarial denominado descentralización productiva, siendo a decir de algunos su "efecto estrella". Somos conscientes de la dificultad de emplear un término específico para referirse a la subcontratación, pues en el seno de la OIT inclusive las discrepancias idiomáticas fueron un factor que impidió la aprobación de un Convenio Internacional del Trabajo.

En efecto, al no lograrse un consenso en la Conferencia Internacional de la OIT para aprobar un Convenio Internacional en materia de subcontratación, la OIT optó por abordar dicho fenómeno jurídico a partir de la relación de trabajo. La OIT busca contrarrestar la creciente tendencia a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza cuya finalidad es evadir la protección del Convenio Internacional del Trabajo Nº 158 sobre la terminación de la relación de trabajo. Así, se adopta la Recomendación (198) el año 2006, norma de gran importancia toda vez que en los hechos resulta difícil determinar la existencia de una relación de trabajo, por lo que se necesitaba un instrumento internacional que contenga pautas de cómo hacerlo.

Pese a la dificultad anotada, tomamos posición por la clasificación oitiana de la subcontratación entre la relativa a la producción de bienes o prestación de servicios y la de mano de obra.

Nuestra legislación regula a la subcontratación en forma deficiente. A contracorriente de lo que ocurre en este continente y en otras latitudes, incluye dentro de la subcontratación de mano de obra, a la que denomina "intermediación laboral", supuestos en los que el subcontratista presta servicios o ejecuta obras que debieran ser considerados como subcontratación empresarial.

La normativa que data de 2002 la conforma la Ley Nº 27626, y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 003-2002-TR. La subcontratación empresarial, denominada "tercerización de servicios", se encuentra normada en forma limitada por la Ley Nº 29245, el Decreto Legislativo Nº 1038, y su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR. Estas disposiciones excluyen de su contenido protector a aquella subcontratación sin desplazamiento de trabajadores o la que se refiera a actividades de carácter auxiliar o accesorio para la empresa principal. Discrepamos con dicha exclusión.

Como modelo de negocio, la descentralización productiva como forma de hacer negocio resulta sumamente ventajosa para la empresa principal o usuaria de la misma, toda vez que la hace más competitiva, reduce costos salariales así como gastos administrativos, y le permite adaptarse con mayor velocidad a los cambios, entre otros aspectos favorables. Las subcontratistas, por su parte, obtienen las ganancias que las motivaron a ingresar a este esquema de negocio. Los trabajadores generalmente no encuentran ventaja alguna en la subcontratación salvo que fuese una de las pocas posibilidades de empleo en un escenario de escasez de trabajo, supuesto inverso a lo que viene ocurriendo en nuestro país. El personal sufre de una disminución de sus condiciones de trabajo pues las mismas se precarizan, pierde la estabilidad laboral y recibe unos magros ingresos.

No pretendemos de ninguna manera descalificar a la externalización per se, pues la misma constituye una forma válida de hacer negocios, pero sí objetar a aquellas cuya única finalidad es reducir costos laborales en tanto a la larga se organizarán en forma fraudulenta de ser necesario, con el simple ánimo de "externalizar la planilla".

Lamentablemente nuestro ordenamiento laboral carece de mecanismos adecuados de tutela que mitiguen los efectos nocivos de la subcontratación en las relaciones individuales como colectivas de trabajo. El legislador aún sigue permitiendo el empleo de contratos temporales para situaciones de naturaleza permanente al mantener la regulación de contratos a plazo fijo desvirtuados ("inicio o incremento de actividad", artículo 57 de la LPCL), no modifica la normativa en materia de subcontratación a fin de corregir sus notorias deficiencias, mientras que el Poder Ejecutivo no se decide a fortalecer realmente a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que cumpla el rol que le corresponde.

Al respecto, opinamos que nuestro ordenamiento no puede restringir irrazonablemente a esta modalidad vigente de conducir a las empresas, sino crear mecanismos de tutela laboral aplicables a nuestra realidad y no importados irreflexivamente de otros países, garantizando su eficaz cumplimiento a través del fortalecimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo y el Poder Judicial. Esperamos que así sea.

GLOBALIZACIÓN Y REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: ENTRE EL SUEÑO Y LA QUIMERA

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS[1]

I. DEL TIEMPO DE TRABAJO, LA VIDA Y LA GLOBALIZACIÓN

La instauración de una jornada máxima de trabajo es una demanda histórica que surgió en los albores del capitalismo porque la libertad que vino con la Revolución Francesa sirvió para imponer desde el poder económico jornadas de dieciseis horas que *reducían* la vida de un significativo y creciente número de personas solamente a trabajar en condiciones infrahumanas. Esta situación, cuya dimensión quedó graficada en la denominada *cuestión social*, condujo al surgimiento de los sindicatos y, de la mano de estas organizaciones, al surgimiento del Derecho del Trabajo con sus dos vertientes: autónoma y legal, con una clara vocación protectora que buscaba incidir en la asimetría de poder entre trabajadores y empleadores.

Se trataba, y se trata todavía, de favorecer a la parte débil a través de un complejo instrumento normativo, institucional, procedimental, aplicativo y sancionatorio cuya finalidad inicial fue reducir la desigualdad, a la que se le fueron agregando la tutela de la libertad y de la dignidad de los trabajadores en los más diversos campos de la relación laboral[2]. Esta situación originaria puede graficarse en la frase que en 1848, año también del *Manifiesto del Partido*

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor de grado y posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Doctorado de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Relaciones Laborales de la misma universidad.

(2) Como nos lo recuerda nuestro querido maestro Óscar Ermida Uriarte en su última obra *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*. Cuadernos de la Fundación Electra, Montevideo, 2012.

Comunista de Marx y Engels, pronunciara el cura dominico Lacordaire señalando que *"en las relaciones entre el fuerte y el débil, el rico y el pobre, el amo y el criado, la libertad es la que oprime y la ley la que libera"*. Ese es el fundamento de nuestra disciplina, entendiendo por ley no solo al producto normativo estatal sino también, y muy calificadamente, a la negociación colectiva no solo como mecanismo de pactación de condiciones de trabajo, sino como el eje que sostiene y gobierna al sistema de relaciones laborales por lo que trasciende el campo laboral para convertirse en uno de pilares básicos del Estado social de derecho, ahora denominado Estado constitucional, convirtiéndose en una de sus garantías básicas de equilibrio y reparto de poder.

Pero debemos decir de entrada que el tema de la jornada de trabajo trasciende largamente su carácter de condición de trabajo pues el tiempo, desde una perspectiva antropológica, es el marco en el que se desarrolla la vida, es uno de sus continentes más preclaros por lo que, para decirlo en términos elementales, la propia naturaleza humana debía conducir a cambiar el modelo de *vivir para trabajar* por el de *trabajar para vivir*. De allí que a inicios del siglo XX se dividió al día en tres partes: ocho horas de trabajo, ocho de esparcimiento o recreación y ocho de sueño, dándole al trabajo un lugar relevante pero no totalizante ni mucho menos. En tal sentido, es necesario acentuar el significativo aporte de la doctrina que, con Alain Supiot[3], precisara que la existencia de la tutela del trabajo es imprescindible porque esta actividad es indesligable de la persona humana dado que se trabaja con el cuerpo (tutela en la seguridad física de la persona o *seguridad en el trabajo*) y para satisfacer sus necesidades (tutela en la seguridad económica o *seguridad por medio del trabajo*), agregando con mucho mayor énfasis que como el tiempo se fusiona con la vida, resulta también imprescindible, a título de fundamento central de nuestra doctrina, reducir la jornada laboral para hacerla compatible con las múltiples facetas de la existencia del ser humano. En otros términos, como afortunadamente la vida es compleja y variada, se torna indispensable restringir el tiempo de trabajo, en sus módulos diario, semanal y anual, para dar paso a las otras caras de este poliedro en constante cambio.

Enfocándonos ya en el tema del tiempo de trabajo en concreto, podemos señalar que se trata, sin duda alguna, de un tema complejo y con muchas aristas, no solo por su vinculación con las necesidades humanas antes reseñadas (fase micro) sino por su relación con el empleo, con la productividad (fase macro). Ello obliga a un delicado y difícil equilibrio entre requerimientos

(3) SUPIOT, Alain. *Crítica al Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 1996, pp. 89-104.

económico-productivos y derechos humanos que habrá que sopesarse en cada momento y lugar, pero partiendo siempre de las premisas antes enunciadas, porque si nos aferramos a una visión puramente economicista podemos terminar encubriendo expresiones modernas de trabajo esclavo o servil absolutamente reñidas con el Estado constitucional.

Si lo vemos históricamente, podemos identificar una línea de evolución: la jornada de trabajo ha venido reduciéndose: en 1919 la semana de 48 horas era una meta, mientras que en 1998 la primera ley Aubry la redujo a 35 horas (al final de este capítulo le dedicaremos unas reflexiones a estas leyes). En esta última evolución se ha tenido en cuenta tanto los requerimientos de cada trabajador como se ha convertido a la jornada en un instrumento efectivo de reparto del trabajo o de lucha contra el desempleo. Vemos, así, al fenómeno en toda su dimensión: yendo del interés individual al general.

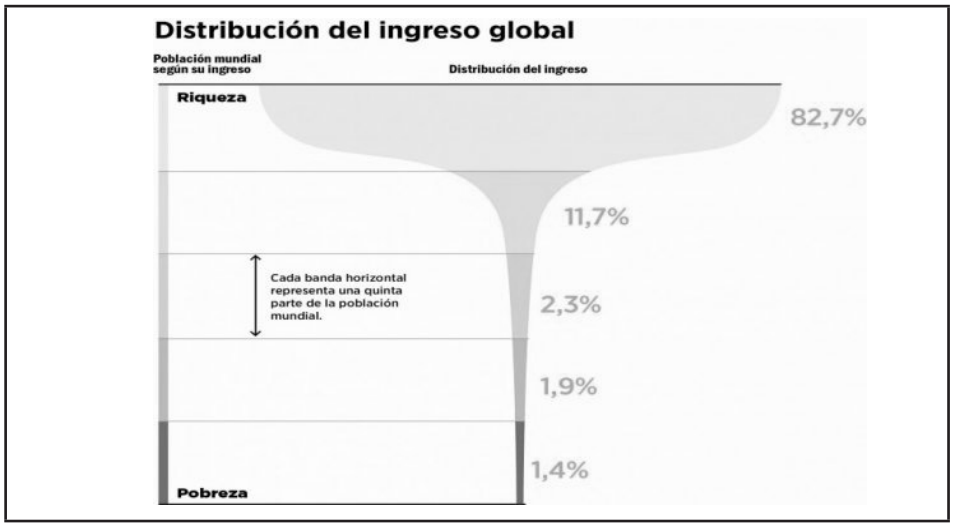
Pero si nos acercamos a este siglo veremos que la tendencia a la reducción de la jornada de trabajo se ha ralentizado e incluso ha aparecido un movimiento contrario: la entronización de la globalización y la competencia global ha incrementado la competencia más allá de los vecino y ha generado mayores exigencias de competitividad, de modo que estamos asistiendo a un movimiento de ampliación de la jornada, con excepciones, por cierto, como Venezuela y su reciente artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo que redujo de 44 a 40 horas de trabajo en jornada diurna[4].

La globalización ha acentuado las premisas del capitalismo y ha consagrado a la competitividad como el supervalor al que deben subordinarse incluso los derechos laborales más elementales. Quizás la frase de Warren Buffet, presidente y director ejecutivo de Berkshire Hathaway, indicando que "hay una guerra de clases, pero es mi clase –la clase rica– la que está en la batalla, y estamos ganando"[5], además del cinismo y desparpajo que trasmite, nos resuma el tema de una situación en la que se puede afirmar también tajantemente que nunca el mundo fue tan productivo pero nunca también fue tan desigual. Veamos algunos datos que dan cuenta de esta situación. La población de la tierra está en 7000 millones de habitantes de los cuales 2500 millones de personas

(4) "La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:
La jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a.m. y las 7:00 p.m., no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales".

(5) En inglés: "There's class warfare, all right, but it's my class, the rich class, that's making war, and we're winning" <http://www.nytimes.com/2006/11/26/business/yourmoney/26every.html?ex=1165554000&en=02ed48ae1473efe0&ei=5070&_r=0>.

viven con menos de 2 dólares por día. La distribución del ingreso global se muestra en el siguiente gráfico(6) que casi no deja nada para la imaginación:



Cómo no darse cuenta del abismo que existe entre el 20 % más rico y el resto, o si se quiere entre un 40 % de la población que poseen el 94,4 % de la riqueza y un 60 % que apenas supera el 5 %.

Según el *Estado del Poder 2013,* la riqueza total de las 25 personas más ricas del mundo asciende a 827 mil millones de dólares, habiéndose incrementado en 20 %, es decir, en US$ 138 mil millones desde el 2011, lo que fue resumido por John Catsimidis, magnate propietario de Rep Apple Group, cuando señaló que *el 2012 había sido un gran año para los multimillonarios del mundo*. No está demás indicar que, según la misma fuente, con los US$ 827 mil millones se podría resolver 4 veces el costo que significa la educación primaria y secundaria en el mundo en desarrollo, en tanto que con los 138 mil millones de dólares se puede cubrir 8 veces lo que supondría llegar al objetivo del milenio de la ONU de que todos los niños y niñas finalicen la educación primaria(7). Asimismo, el 0,001 % de la población mundial 14,6 mil millones de dólares mientras el 0,1 % de la población mundial controla 42 mil millones de dólares(8).

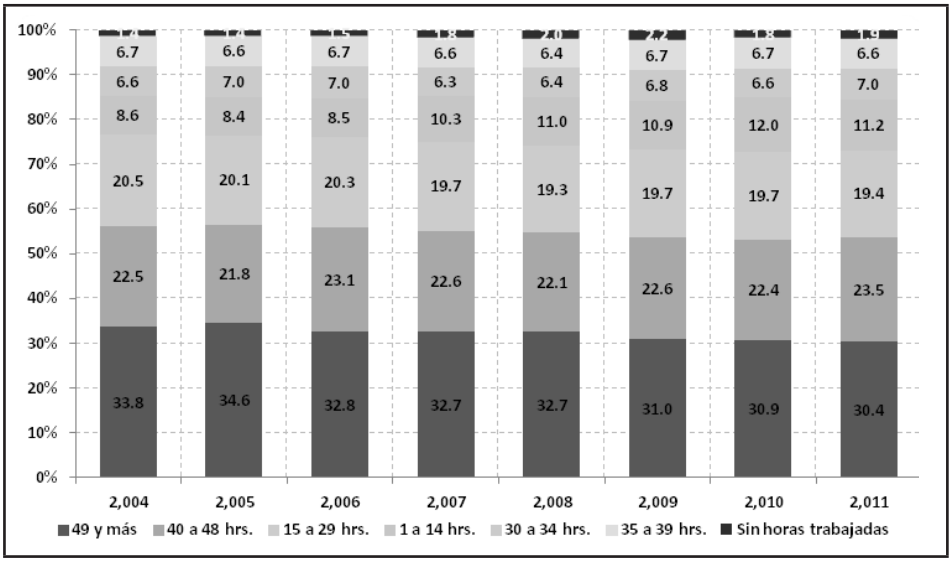
(6) <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/images/Corporate-power/infographic1-corporate-power_es.gif>.

(7) *Estado de Poder 2013: las personas más ricas del mundo*. En: <http://www.tni.org/es/article/las-personas-mas-ricas-del-mundo>.

(8) *Estado del Poder 2013: El 0,001 % mundial*. <http://www.tni.org/es/article/el-0001-mundial>.

Los datos son totalmente elocuentes y de ellos se puede concluir que un capitalismo desregulado solo da lugar a un predominio de los intereses y decisiones empresariales por encima de derechos tan básicos como el de la jornada máxima de trabajo, que viene incrementándose de facto en países como el Perú, en el que el año 2002 tuvo que dictarse una ley casi idéntica a la de 1918 insistiendo en los alcances de la jornada máxima y agregando mecanismos de control obligatorios para tratar de evitar la elusión(9). Además de ello, si vemos también en el Perú lo que viene sucediendo con la extensión de la jornada de facto, nos encontramos que hay un tercio de los trabajadores laboran más de 48 horas, ya sea por pluriempleo o por la necesidad de trabajar sobretiempo para mejorar salarios muy deprimidos.

Perú: Horas habitualmente trabajadas 2004-2011
(distribución porcentual)



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas (INEI)

Hay que indicar que la situación es aún más grave, porque no solo define este tema la hegemonía empresarial existente, sino que ya desde 1993 el informe de las Organización de las Naciones Unidas sobre el desarrollo humano destacó la tendencia al crecimiento sin empleo, lo cual significa que no

(9) Texto Único Ordenado de la Ley de jornada, horario y trabajo en sobretiempo, Decreto Supremo Nº 007-2002-TR.

es esperable que el aumento de la productividad vaya a incidir en la reducción del paro, sino que más bien es posible que lo incremente, lo que hace más urgente todavía la presencia de una mediación política intensa que haga compatible este crecimiento con la defensa del interés general que subyace en las regulaciones laborales.

Otra línea de tendencia que se puede identificar muestra una mayor flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo. Se viene transitando de la jornada diaria a la semanal y luego a la anual, con la finalidad de permitir una mayor maleabilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Además de la flexibilización de la jornada típica, se viene recurriendo intensamente en ciertas actividades al uso de las jornadas atípicas o acumulativas: 21x14 (veintiún días de trabajo con catorce días de descanso), 14x10 (catorce días de trabajo con diez días de descanso), entre otras. Es el caso de la minería, el petróleo, el gas y otras actividades que se llevan a cabo por lo general fuera del radio urbano. Permítanme un ejemplo nacional, porque resulta paradigmático. El proceso de ajuste y liberalización que se inició en 1990 con la llegada al poder de Fujimori requirió de cambios normativos al máximo nivel, sustituyéndose la Constitución de 1979 por la de 1993, que estipula en esta materia lo siguiente:

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

Esta norma permite mucha flexibilidad en la jornada ordinaria al poder usar el módulo semanal, y además da por sentadas las jornadas acumulativas y atípicas, indicando que la única condición es que el promedio de horas de estas no supere el máximo de 48 horas. Bajo este manto, ahora en el Perú se ha cambiado el modelo de explotación de actividades mineras, petroleras, etc., que ha pasado de una organización en campamentos –que atendían las necesidades familiares de vivienda, salud, educación y esparcimiento, a cargo de las empresas, con trabajadores sujetos a la jornada ordinaria–, a la utilización intensiva de jornadas atípicas y acumulativas de 12 horas diarias, por 2 o 3 semanas, en campamentos que tienen solo habitaciones para que los trabajadores duerman, seguidas de 10 o 14 días de descanso continuado, todo ello no solo no respeta el tope de 48 horas semanales sino que se lleva a cabo en actividades que por su carácter peligroso, insalubre o nocturno deberían merecer una reducción que las lleve por debajo de las 8 horas diarias de prestación

efectiva, de acuerdo al artículo 7 del Protocolo de San Salvador[10]. Nuevamente, se han tomado decisiones políticas que han priorizado el interés empresarial por encima de derechos fundamentales y se mantienen hasta la fecha porque ni siquiera tras la recuperación de la democracia política se ha podido recuperar los equilibrios laborales, siguiendo vigente casi en su totalidad la legislación fujimorista que fue calificada como un paradigmático proceso de flexibilización salvaje.

Para finalizar esta reflexión inicial, consideramos necesario detenernos a explicar lo sucedido en Francia a finales del siglo pasado e inicios del presente, en materia de reducción del tiempo de trabajo. En el marco del gobierno del socialista Lionel Jospin se aprobaron dos leyes: el 13 de junio del 1998 y el 19 de enero del 2000, que se denominaron Leyes Aubry, debido a que fue la ministra de Asuntos Sociales, Martine Aubry, la impulsora de estas normas que tuvieron como finalidad reducir la jornada laboral de 39 a 35 horas como mecanismo de política laboral activa para la generación de empleo. Básicamente, los principales objetivos eran la creación de empleo, el aumento de la competitividad y la mejora de las condiciones laborales para obtener un mayor equilibrio entre la vida profesional y la familiar. La norma planteaba la vigencia de la reducción en dos fechas: el 1 de enero de 2000 para las empresas de más de 20 trabajadores y el 1 de enero de 2002 para las demás.

La Ley Aubry II organizó un nuevo régimen de jornada laboral en el que se estableció lo siguiente: 1) una nueva forma de calcular el "tiempo efectivo" de trabajo, ya sea a través de la modulación de los horarios a lo largo del año, la reducción de la jornada laboral sobre una base diaria, diferentes formas de trabajo a tiempo parcial, trabajo intermitente, cuenta ahorro-tiempo, nueve modalidades específicas para ejecutivos, según su grado de autonomía; 2) el régimen de horas extraordinarias, que contarían a partir de la hora número 36 o 1600, si el cómputo es anual; y 3) un dispositivo de garantía mensual de la remuneración para los asalariados sujetos al salario mínimo interprofesional para asegurar el mantenimiento de su remuneración[11].

(10) "Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:
(...)
g) la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos".

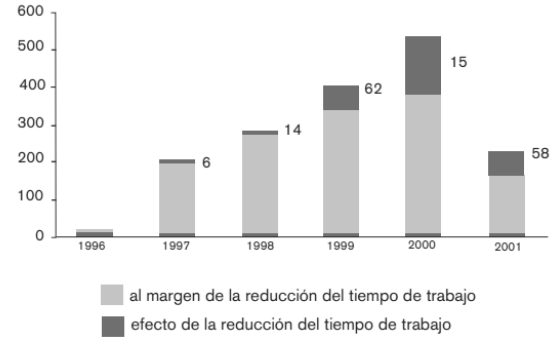
(11) SANTOS, Benito. "El debate económico sobre la jornada de trabajo en la Unión Europea", p. 69. Documento electrónico.

En lo que hace a los efectos de la aplicación de las Leyes Aubry, los estudios que contenían el balance de la propuesta de Reducción de Tiempo de Trabajo (en adelante, RTT) señalaban diferencias en el alcance de la ley, en función del tipo de trabajadores y del tipo de empresa. Entonces, los principales efectos son los siguientes[12]:

- **No hubo pérdida de productividad ni de competitividad:** existen pocas cuantificaciones sobre el alcance de esta, lo que parece indicar que las empresas no habrían perdido ni productividad ni competitividad con la aplicación de la ley, y en algunos casos se ha generado ocupación. Así, se pudo verificar incrementos de productividad por hora de trabajo, intensificándose el trabajo en menores horas.

Gráfica 5
Efectos de la reducción del tiempo de trabajo sobre el empleo asalariado (en miles)

Fuente: Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, La réduction négociée du temps de travail: Bilan 2000-2001, 2002.



Fuente: Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, La réduction négociée du temps de travail: Bilan 2000-2001, 2002. En: SANTOS, Benito. El debate económico sobre la jornada de trabajo en la Unión Europea, página 70. Documento eletrónico.

- **Aumento de flexibilidad en términos de distribución horaria y temporal:** se mantuvo la jerarquía ocupacional. Esto significa que aquellas personas que han visto aumentar la variabilidad y flexibilidad de sus horarios son aquellas menos cualificadas, en especial las mujeres. Como consecuencia, se han acentuado las diferencias ya históricas entre los distintos tipos de empleo y categorías profesionales. Además, el debilitamiento de la acción sindical (en gran parte derivada de la ruptura de un espacio y tiempo común de trabajo) ha hecho posible que aumentara la pluralidad en las formas de aplicación de la ley. Si nos fijamos en los colectivos de trabajadores, el resultado es que entre los mandos inter-

(12) MIGUELEZ LOBO, Fausto y otros. *El tiempo de trabajo: ¿la última frontera?*. Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 95-97. Documento electrónico.

medios y las profesiones más cualificadas es donde más ventajas se han obtenido.

Esto se consiguió o bien por la vía de la intensificación del trabajo cotidiano o bien mediante la reducción de los objetivos individuales fijos anuales, con lo cual el resultado fue que persista la diversidad de horarios y jornadas ya existentes antes de la aplicación de la ley. La opción generalizada fue la de acumular los periodos de no trabajo en detrimento de una reducción diaria de la jornada de trabajo.

- **Dedicación a otras actividades:** las evaluaciones sobre los cambios que ha generado la RTT en los tiempos dedicados a los otros trabajos y actividades indican que parece haberse mejorado el tiempo dedicado a los niños, tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. Pero, de nuevo, nos encontramos con diferencias y el balance es ambiguo, ya que varía en función del modo específico en el que se ha traducido la RTT.

  Para aquellos hombres y mujeres que consiguen acumular medio día o un día libre semanal las cosas parecen haber mejorado, siendo muchos de los que están en este grupo hombres y mujeres profesionales. En un punto intermedio se sitúan aquellos que consideran que la ley no ha cambiado las cosas y que una reducción diaria de la jornada resulta poco atractiva porque no es utilizable para hacer otras cosas.

- **Afectación a mujeres:** están quienes consideran que las cosas han empeorado, y precisamente es en este grupo en el que encontramos a muchas mujeres con profesiones de baja cualificación, que han visto incrementada su variabilidad en la jornada laboral, así como el endurecimiento de las condiciones de trabajo.

- **Se desvirtuó el objetivo de la ley:** con el tiempo, ya no se cumplió la principal finalidad de las leyes Aubry, la cual era la reducción de la jornada para la creación de puestos de trabajo mediante la repartición de empleo, debido a que no se fijaron modelos garantistas y de trato igual en todas las empresas y de manera universal.

Finalmente, habría que considerar que el 6 de mayo del 2002, cuando empezaba a entrar plenamente en vigencia la jornada reducida, terminó el mandato del socialista Lionel Jospin y fue sustituido por Jean-Pierre Jaffarin, integrante del movimiento conservador del presidente Jacques Chirac, a partir de lo cual la medida perdió todo soporte político y se fue desmontando poco

a poco este importantísimo mecanismo de reparto del empleo a través de la reducción del tiempo de trabajo.

En conclusión, consideramos que en el contexto productivo y tecnológico actual, la productividad y el crecimiento sin empleo deberían conducir a la utilización de la reducción jornada de trabajo como parte relevante de un conjunto de políticas de empleo dirigidas a evitar que el mercado de trabajo se vaya estrechando y se abra un abismo entre los empleados y los desempleados, con todo lo que ello significa en materia de fuentes de ingreso. Para ello, los diferentes países y la OIT deben acentuar sus acciones en la construcción de instrumentos políticos que terminen con una globalización solamente económica, generando los mecanismos institucionales internacionales y nacionales que permitan una justa distribución de la riqueza. En ello, los derechos laborales deben tener un lugar muy destacado en la medida que hasta la fecha nuestra disciplina no tiene probada experiencia en el cumplimiento de tal cometido. No es tarea fácil, pero, como se señala enfáticamente en el informe *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*, elaborado por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, creada por la OIT:

> *"1. La trayectoria actual de la globalización debe cambiar. Son demasiado pocos los que comparten los beneficios que de ella se derivan, y son demasiado numerosos los que carecen de voz para contribuir a su planificación e influir sobre su curso.*
> *2. La globalización será lo que nosotros hagamos de ella. Sus resultados dependerán de las políticas, normas e instituciones que rijan su curso, de los valores que inspiren a sus actores y de la capacidad de estos para influir sobre el proceso"*(13).

II. LA REGULACIÓN GENERAL DEL TIEMPO DE TRABAJO

Entrando al plano jurídico, podemos comprobar que para la fijación de la jornada de trabajo se utilizan fuentes diversas –legales, convencionales y contractuales–, y, generalmente, con funciones distintas: los máximos corresponden a regulación estatal, la organización y reducción al convenio colectivo y el establecimiento del horario y de temas residuales al contrato de

(13) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Informe elaborado por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, 2004, p. 2.

trabajo, esto en países donde la autonomía colectiva tiene una presencia fuerte. En nuestros países, estamos entre la regulación legal de máximos y la determinación específica por el contrato de trabajo, con el predominio empresarial inherente a la relación individual.

También debemos señalar que es una materia de amplísimo desarrollo constitucional e internacional. En el ámbito constitucional la limitación de la jornada de trabajo es una referencia unánime, aunque con diferente planteamiento. Vale la pena colocar como ejemplo a la Constitución brasileña, que tiene un tratamiento detallado del tema en los siguientes términos:

> "*Art. 7. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social:*
>
> *(…)*
>
> *9. la remuneración del trabajo nocturno superior a la del diurno;*
>
> *(…)*
>
> *13. La duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro semanales, facultándose la compensación de horarios y la reducción de jornada, mediante acuerdo o convenio colectivo de trabajo;*
> *14. La jornada de seis horas para el trabajo realizado en turnos ininterrumpidos de alternancia, salvo negociación colectiva;*
> *15. El descanso semanal remunerado, preferentemente en domingo;*
> *16. La remuneración de horas extraordinarias superior, como mínimo, en un cincuenta por ciento a las normales".*

La regulación constitucional se completa en muchos países con las normas internacionales, porque un número cada vez mayor de Constituciones considera que los tratados internacionales que regulan derechos fundamentales como el de la jornada de trabajo integran el *bloque de constitucionalidad*, con todo lo que significa en materia de jerarquía normativa (constitucional) y de protección específica de las normas internacionales a través de los diversos mecanismos de control constitucional difuso y concentrado. Y ello lleva a darle a esta materia una fortaleza jurídica muy relevante, que debería ponerla a buen recaudo de cualquier retroceso a nivel legal.

En el ámbito internacional, la limitación razonable de las horas de trabajo encuentra acogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24), en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (artículo 7 literal d) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 7 literal g), que además contempla específicamente la reducción de la jornada ordinaria cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos. Además de ello, existen 22 convenios

internacionales del trabajo y 18 recomendaciones dedicados al tema horas de trabajo, muchos para sectores específicos, pero otros dirigidos además a temas como descanso semanal o vacaciones, trabajo nocturno o trabajo a tiempo parcial. Sobre este particular, y para comenzar, el Convenio N° 001 está referido al tema y se aprobó en octubre de 1919, a 4 meses de la suscripción del tratado de paz de Versalles y de la consiguiente aprobación de la Constitución de la OIT, en el apartado XIII del tratado. El mismo año se aprobó también otro Convenio Internacional vinculado a nuestro tema: el N° 004, referido al trabajo nocturno de las mujeres, que en realidad prohibía la contratación de mujeres en el horario que iba entre las 10 p. m. y las 5 a. m.

Si bien es cierto, el tema de la jornada de trabajo no está en la Declaración de Principios y Derecho Fundamentales en el Trabajo, aprobada por la OIT en 1998, debemos indicar que su carácter minimalista fue resultado de la oposición principalmente de los países en vía de desarrollo, que siguen defendiendo una penosa y lamentable performance laboral como una ventaja comercial lícita y acusando de proteccionismo a las exigencias de los países desarrollados de vincular el comercio al cumplimiento de los derechos laborales básicos, donde sin duda alguna está la jornada. Afortunadamente, en la noción de trabajo decente la OIT incluye la extensión de la jornada y la fiscalización de su cumplimiento como indicadores a seguir en cualquier plan nacional de trabajo decente.

Finalmente, hace algunas décadas, la limitación del tiempo de trabajo jornada aparece como uno de los derechos que integran el paquete de derechos laborales cuyo cumplimiento se viene exigiendo en el mundo del comercio internacional. Estamos en el campo de la llamada condicionalidad social que busca sujetar el comercio internacional al cumplimiento de los estándares laborales básicos, a partir de lo cual se otorgan beneficios o se imponen restricciones comerciales. En el tema que tratamos, la jornada aparece desde una ya muy lejana Ley de Fomento del Comercio de los Estados Unidos de América, que creó en 1974 el Sistema General de Preferencias Arancelarias, cuya regulación laboral es idéntica a las cláusulas sociales que traen los tratados de libre comercio que viene suscribiendo EUA con diversos países, entre ellos el Perú. En este tratado, junto con los cuatro derechos fundamentales previstos en la Declaración de la OIT de 1998, se establece que cada Estado se obliga a contar con condiciones aceptables en materia de salario mínimo, jornada de trabajo y salud y seguridad ocupacionales. No está demás señalar que las obligaciones internacionales que cada país haya aceptado en virtud de los tratados internacionales ratificados y en vigor servirán de tamiz para evaluar el cumplimiento de sus propias reglas en materia de jornada a la hora de determinar si cumple o no con las condiciones aceptables exigidas.

III. LA JORNADA MÁXIMA EN AMÉRICA LATINA Y SUS CAMINOS DE REDUCCIÓN

En el camino de la reducción de la jornada hay temas clásicos y temas nuevos, y en este acápite nos proponemos presentar los más relevantes en ambos casos. Comenzaremos por las novedosas, por recientes, reducciones generales en materia de jornada ordinaria, que vienen estableciéndose en diversos países de nuestro entorno, para continuar luego con los clásicos temas de la limitación de la jornada en trabajos nocturnos, insalubres y riesgosos, de menores y concluir luego con la utilización de este mecanismo para salir de una situación de crisis de una empresa concreta (tema clásico), y el recurso a la reducción de la jornada como medida para enfrentar a una situación de crisis de un sector o todo el país (tema novedoso), presentando la experiencia del *kurtzarbeit* alemán que viene impidiendo la ola de despidos que se han verificado en Grecia, España y otros países europeos golpeados por la reciente crisis financiera internacional.

1. La vanguardia: la reducción general de la jornada ordinaria de 8 horas diarias y 48 semanales

La regulación de la dimensión de la jornada de trabajo es, en todos los casos, un ejemplo claro de imperatividad relativa (normas de derecho necesario relativo), en la medida en que se trata de disposiciones susceptibles de mejoría y no de empeoramiento, más allá de que siempre sea posible establecer horas extraordinarias que por su propio carácter suelen ser no habituales y, en todo caso, son remuneradas con un significativo plus respecto de las ordinarias. Más aún, hay normas que llaman incluso a su reducción a las otras fuentes desde las que se regula este derecho, como sucede, por ejemplo, con la Constitución de Brasil que invita al acuerdo o convenio colectivo a llevar a cabo esta tarea (artículo 7, numeral 13) y muy connotadamente con la Constitución de Venezuela, en cuyo artículo 90 se establece como norte en esta materia que *"se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine (...)"*

La fuente de regulación es diversa, siendo materia constitucional en muchos casos, dentro de los cuales hay países en los que esta se cuantifica (Brasil, Costa Rica, Guatemala, México, Perú o Venezuela[14]), y otros en los que no

(14) Brasil, artículo 7 inciso 13 de la Constitución de 1988: *"Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social (...) la duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y a cuarenta y cuatro semanales (...)"*; Costa Rica, artículo 58 de la Constitución de 1949: *"La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder*

se utilizan parámetros cuantitativos (Argentina, Uruguay[15]). En otros países es simplemente materia legal, como sucede en Chile o Colombia.

Yendo a la regulación material del tema, dentro de los países con una norma general sobre la dimensión de la jornada encontramos que hay quienes continúan en la tradicional fórmula de jornada máxima semanal o diaria de 48 horas y 8 horas, respectivamente. Es el caso de Argentina (Ley 11544 de 1929[16]), Colombia (Código Sustantivo del Trabajo[17]), Costa Rica (Constitución y Código de Trabajo[18]), y Guatemala (Código de Trabajo[19]). Por otro lado, constatamos la existencia de países que si bien mantienen el máximo de 8 horas diarias laborables, reducen la jornada semanal máxima. Tal es el caso de Brasil (Constitución), Guatemala (Constitución) y Venezuela (Constitución), que presentan jornadas semanales máximas de 44 horas; Ecuador, por su parte, presenta una jornada de 8 horas diarias y 40 horas semanales (Código del Trabajo[20]). Además de ellos, existen países que solo se pronuncian sobre la jornada máxima diaria o la semanal, como sucede con Chile, que ha establecido su jornada máxima semanal en 45 horas (Código de Trabajo)[21]. Finalmente, se debe resaltar el caso de Venezuela en el que la reciente Ley Orgánica del trabajo, materializando el norte planteado por el artículo 90 de la

de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana (…)"; Guatemala, artículo 102 inciso G de la Constitución de 1985: *"La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede exceder de ocho horas diarias de trabajo, ni de cuarenta y cuatro horas a la semana, equivalente a cuarenta y ocho horas para los efectos exclusivos del pago del salario"*; México, artículo 123 inciso A acápite I de la Constitución de 1917: *"La duración de la jornada máxima será de ocho horas"*; Perú, artículo 25 de la Constitución de 1993: *"La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo"*; y Venezuela, artículo 90 de la Constitución de 1999: *"La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales"*.

(15) Argentina, artículo 14 bis de la Constitución de 1853: *"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguraran al trabajador: (…) jornada limitada (…)"*; y Uruguay, artículo 54 de la Constitución de 1967: *"La ley ha de reconocer a quien se hallaré en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado (…) la limitación de la jornada (…)"*.

(16) Artículo 1: *"La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro"*.

(17) Artículo 161: *"La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana"*.

(18) Artículo 136: *"La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana"*.

(19) Artículo 116: *"La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no puede ser mayor de ocho horas diarias, ni exceder de un total de cuarenta y ocho horas a la semana"*.

(20) Artículo 47: *"La jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales"*.

(21) Artículo 22: *"La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales"*.
Aunque luego el artículo 28 aclara que no podrán establecerse jornadas con más de 10 horas al día de trabajo.

Constitución Bolivariana ha reducido la jornada establecida por la Constitución (de 8 diarias y 44 semanales) a 8 diarias y 40 horas semanales, disponiendo además que *"la jornada de trabajo no excederá de 5 días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso continuos y remunerados durante cada semana de labor"*[22].

Esta situación nos da una primera aproximación al fenómeno de reducción de la jornada ordinaria que ha comenzado a transitar desde la fórmula tradicional, prevista en el Convenio Nº 001 de la OIT (8 horas diarias y 48 semanales), a menores dimensiones en un ya significativo número de países latinoamericanos. Veamos a continuación lo que sucede en casos específicos como el trabajo nocturno, las actividades insalubres, riesgosas o la situación de crisis empresarial.

2. La reducción de la jornada por trabajo nocturno, de menores y en actividades insalubres o riesgosas

La jornada ordinaria está prevista para sujetos, condiciones de trabajo y labores que gocen de la misma consideración, por lo que cuando se está ante personas menores de edad, o ante trabajo nocturno o en turnos rotativos, o en actividades insalubres o riesgosas los ordenamientos jurídicos disponen que el tiempo de trabajo sea menor. Esta es la lógica que justifica el mandato del artículo 7 g) del Protocolo de San Salvador cuando señala que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de labores nocturnas, insalubres o riesgosas.

Si comenzamos por el tema del trabajo nocturno, veremos que hay países en los que se establece una jornada reducida y otros en los que no opera esta disminución pero sí se otorga un salario mayor como compensación por la mayor penosidad de la labor. En el primer caso, y partiendo de que no hay unanimidad sobre cuál es el periodo nocturno[23], entre los países que establecen un tiempo de trabajo menor cuando se prestan los servicios por la noche tenemos a Argentina, que establece una jornada de 7 horas diarias (artículo

(22) Artículo 173: "La jornada de trabajo no excederá de cinco días a la semana y el trabajador o trabajadora tendrá derecho a dos días de descanso, continuos y remunerados durante cada semana de labor.
La jornada de trabajo se realizará dentro de los siguientes límites:
1. La jornada diurna, comprendida entre las 5:00 a. m. y las 7:00 p. m., no podrá exceder de ocho horas diarias ni de cuarenta horas semanales"

(23) Así, en Argentina el periodo considerado nocturno va desde las 21 a las 06 horas; en Brasil desde las 22 hasta las 05 horas, en Colombia desde las 22 hasta las 06 horas; en Costa Rica desde las 19 hasta las 05 horas, en Ecuador desde las 19 hasta las 06 horas, en Guatemala desde las 18 hasta las 06 horas; en Perú desde las 22 hasta las 06 horas y en Venezuela desde las 19 hasta las 05 horas.

200 de la Ley de contrato de Trabajo); Costa Rica, que establece una jornada de 6 horas diarias (artículo 136 del Código de Trabajo); Guatemala, que limita la jornada a 6 horas diarias y 36 semanales (artículo 116 del Código de Trabajo); Venezuela, con 7 horas diarias y 35 semanales (artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo), entre otros países.

En el segundo caso están Colombia, con un 35 % adicional a la remuneración regular (artículo 168 del Código de Trabajo); Ecuador, con un 25 % adicional respecto a la jornada diurna (artículo 49 del Código de Trabajo) y Perú, con un 35 % adicional respecto a la remuneración mínima (artículo 8 del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR).

Del mismo modo, varios países regulan la posibilidad de que existan jornadas mixtas, es decir, jornadas que abarquen horas dentro del horario diurno y nocturno, y que, por lo general, tienen como tope una media entre el tope de la jornada diurna y la nocturna. Es el caso de Argentina (artículo 200 de la Ley del Contrato de Trabajo), Costa Rica (artículo 136 del Código de Trabajo), Guatemala (artículo 117 del Código de Trabajo) y Venezuela (artículo 173 de la Ley Orgánica del Trabajo). En estos últimos dos países, se ha establecido que en el supuesto de que la jornada mixta presente más de 4 horas nocturnas se considerará como nocturna a la jornada en su totalidad.

Otro de los factores que se utilizan de parámetro para la reducción de la jornada son las características de la labor desarrollada por el trabajo. En ese orden de ideas, observamos que en Uruguay la jornada máxima constitucional es de 48 horas semanales para el establecimiento industrial y 44 horas semanales para el establecimiento comercial.

Las legislaciones de los países analizados demuestran también que la jornada máxima se reduce para el caso de actividades insalubres o peligrosas, como sucede en Argentina, que reduce la jornada a 6 horas diarias o 36 semanales (artículo 200 de la Ley de Contrato de Trabajo y artículo 2 de la Ley Nº 11544 de 1929); Costa Rica, que reduce la jornada a 8 horas diarias, 6 nocturnas y 48 semanales (Código de Trabajo), Ecuador, que reduce a seis horas diarias el trabajo en subsuelo (artículo 47 del Código de Trabajo); y Uruguay, que limita a seis horas la jornada de trabajo de labores perjudiciales para la salud (artículo 1 de la Ley Nº 11577).

En el caso de trabajo de menores de edad, también la legislación local ha previsto, junto con la prohibición de realizar determinadas labores, la reducción de la jornada en los casos en que el ordenamiento permita el trabajo adolescente. De este modo, en Argentina la jornada para los adolescentes entre 16 y 18 años se reduce a 6 horas diarias y 36 semanales (artículo 190 de la Ley de Contrato de Trabajo); en Colombia se ha establecido que los menores

entre 12 y 13 años tengan una jornada máxima de 4 horas diarias y 24 horas semanales y que los menores entre 14 y 15 años tengan una jornada máxima de 6 horas diarias y 36 semanales (artículo 161 del Código sustantivo de Trabajo); en Costa Rica, la ley limita la jornada máxima de los menores entre 12 y 4 años a 5 horas diarias y 30 semanales y limita la jornada máxima de los menores entre 15 y 17 años a 7 horas diarias y 42 semanales (artículo 89 del Código de Trabajo); en Ecuador los mayores de 15 años no podrán tener una jornada mayor de 6 horas diarias y 36 semanales (artículo 136 del Código del Trabajo); en Perú la jornada máxima de los menores se reduce a 4 horas diarias y 24 semanales para el caso de los adolescentes entre 12 y 14 años, y a 6 horas diarias y 36 horas semanales para los adolescentes entre 15 y 17 años (artículo 54 del Código de los Niños y Adolescentes); y, finalmente, en Venezuela la jornada de los menores se limita a 6 horas diarias y 30 semanales (artículo 102 de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes).

3. Reducción de la jornada de trabajo como medida para afrontar una situación de crisis de la empresa

Una regulación común en las normas latinoamericanas es el de la modulación de la jornada de trabajo con la finalidad de enfrentar una situación de crisis empresarial y evitar despidos colectivos. Veamos algunos ejemplos de esta regulación en América Latina.

En el caso de Uruguay, existe un programa de preservación de empleos mediante la reducción de la jornada laboral combinada con capacitación, que se fundamenta en el artículo 10 de la Ley Nº 15180 –modificada por Ley Nº 18399–, que da la facultad al Poder Ejecutivo para establecer, por razones de interés general, un *"régimen de subsidio por desempleo total o parcial para los empleados con alta especialización profesional, en ciertas categorías laborales o actividades económicas"*. El mencionado régimen de subsidio por desempleo parcial se traduce en un subsidio a los trabajadores con jornada reducida que no podrá exceder del 80 % del promedio mensual de las remuneraciones computables y que no podrá extenderse por un plazo mayor de un año (artículo 10). Para la materialización del subsidio se exigen los siguientes requisitos:

- La reducción de la actividad económica de la empresa en el trimestre previo a la presentación de la solicitud de amparo al régimen especial, en un porcentaje de un 15 % o más respecto al promedio del mismo trimestre de los dos años anteriores.

- La reducción de la cantidad de jornadas de labor de cada trabajador involucrado en un día de trabajo semanal, como mínimo, y dos días de trabajo semanal como máximo.

- Que la empresa no haya despedido a más del 5 % de su personal en el trimestre previo a la presentación de la solicitud de amparo al régimen especial no computándose los despidos en razón de notoria mala conducta.

- Que en caso de haber trabajadores amparados al seguro de paro por la causal suspensión, la empresa los reintegre al puesto de trabajo con anterioridad a la presentación de la solicitud.

- Que durante la vigencia del beneficio la empresa no suspenda ni despida trabajadores salvo los casos de suspensiones disciplinarias o por notoria mala conducta.

- La realización de un convenio colectivo que incluya para todos los trabajadores y durante el plazo de amparo al régimen especial, la reducción de la cantidad de jornada, el reparto del trabajo y, eventualmente, la obligación de los trabajadores de participar en cursos de capacitación o reinserción en el sistema de educación formal.

Ahora bien, de acuerdo a Fernando Casanova[24], este programa, aparte de evitar que aumente el número de desempleados en el país, logra que en momentos en que el margen fiscal del Gobierno es estrecho, el programa tiene la virtud de no implicar, al menos en lo inmediato, un incremento de la presión sobre las finanzas nacionales. Además, el programa posee un efecto anticíclico en la medida que estimula la retención de trabajadores en una situación de contracción económica, evitando el incremento del desempleo, y también es un ejemplo innovador de combinación de políticas pasivas (seguro de desempleo) y activas (capacitación). Por otro lado, aporta en el sentido del diálogo social en la medida que la negociación colectiva y el acuerdo entre empleadores y trabajadores en torno a la presentación de las solicitudes como un requisito excluyente para acceder a las prestaciones. Simultáneamente, favorece que el tiempo de trabajo sea distribuido entre todos los trabajadores de la empresa.

En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. Nº 003-97-TR) ha regulado en su artículo 46 la reducción de la jornada laboral en el marco de la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas. Esta potestad del empleador, fundamentada entre otros motivos, en causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas en la empresa, debe ejercerse cuando está en riesgo de despido al menos

(24) CASANOVA, Fernando. *Uruguay: programa de preservación de empleos mediante la reducción de la jornada laboral combinada con capacitación*, p. 3.
En: <http://www.oitchile.cl/oit_notas_crisis/oit_crisis/Pdfs_esp/Uruguay1.pdf>.

el 10 % del total del personal de la empresa. En tal caso, el empleador, antes de proceder con la extinción de trabajo de sus subordinados está obligado a entablar negociaciones con la organización sindical o los representantes de los trabajadores para acordar las condiciones de terminación de los contratos laborales o "las medidas que puedan adoptarse para evitar el cese de personal" (artículo 46 inciso b). Entre estas medidas se encuentran recogidas por la ley: la suspensión temporal de laborales, la revisión de las condiciones colectivas vigentes y la disminución de turnos, días u horas de trabajo.

Bajo este supuesto, si bien la ley permite al empleador reducir la jornada de trabajo de sus subordinados –previo acuerdo con el sindicato o los trabajadores–, no establece algún subsidio o compensación brindado por el Estado a los trabajadores afectados, como sí sucede en otros países. El sentido de la norma es simplemente *"coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa"* (art. 46 inciso b) de la Ley). Se trata, por tanto, de una norma cuyo único objetivo es la reducción de costos con la finalidad de aliviar la situación de fragilidad económica de la empresa.

Finalmente, otro de los factores que se utilizan de parámetro para la reducción de la jornada es el sector en el que se presta servicios. En ese orden de ideas, observamos que en Uruguay la jornada máxima constitucional es de 48 horas semanales para el establecimiento industrial y 44 horas semanales para el establecimiento comercial.

4. La reducción de la jornada como instrumento de lucha contra el impacto en el empleo de crisis nacionales: el ejemplo del *Kurtzarbeit*

Si bien es cierto, como acabamos de ver, que en muchos países existe el recurso a la reducción de la jornada como medida dirigida a evitar que se destruya empleo, permitiendo una reducción de costos laborales, la reciente crisis financiera del 2008 ha permitido que reluzcan mecanismos similares pero que van más allá de lo laboral para ingresar en temas de derecho social dirigidos a compensar en parte significativa la pérdida del salario generada por la reducción de la jornada y a otorgar un tratamiento especial en materia de contribuciones sociales a quienes se encuentran bajo este sistema. La experiencia más resaltante la encontramos en Alemania bajo la institución denominada como *Kurtzarbeit*. Su especificidad gira alrededor de la acción combinada de medidas laborales (reducción de jornada y salarios) y sociales (subsidios) que buscan beneficiar a empleadores y trabajadores al permitir que el impacto de la disminución del trabajo se suavice y se supere la crisis sin

soluciones traumáticas[25]. Los empleadores pagan menos salarios no se desprenden de trabajadores muy cualificados, en tanto que los trabajadores ven cómo su salario no se reduce sustancialmente y mantienen sus empleos y sus expectativas laborales[26]. Esta institución ha permitido que Alemania, pese a que se ha visto muy afectada por la crisis económica y financiera, mantenga cifras razonables de desempleo, lo que no sucede en otros países europeos, a partir de millones de trabajadores acogidos al régimen de *Kurtzarbeit*, lográndose el objetivo de "estabilizar el empleo en las situaciones de crisis"[27].

Para graficar esta situación podemos seguir a Fröhlich, quien haciendo un balance de los costos del sistema señala que su implementación ha sido hasta que publicó su trabajo de 14 000 millones de euros, de los cuales el Estado asume 6000 millones (subsidios a los trabajadores y cotizaciones patronales), los empleadores 5000 millones (costes de puesta a disposición del mantenimiento del empleo) y los trabajadores 3000 millones (costes de la renuncia a parte del salario)[28]. Veamos, a continuación, los principales rasgos de esta institución a partir del texto del autor mencionado[29].

El recurso al *Kurtzarbeit* solo procede cuando se está ante causas que se originan en factores macroeconómicos generales, temporales e inevitables, y no es una potestad unilateral del empleador sino que debe recabar el consentimiento órgano de participación en la gestión de la empresa (comité de empresa). Sin acuerdo con el comité (que involucrará la decisión de reducir la jornada, en qué medida hacerlo, los trabajadores involucrados etc.) no se puede arribar a este instituto[30]. No se trata, de otro lado, de una solución que pueda adoptarse inicialmente ante una situación de crisis, sino que más bien solo procede luego de que el empleador haya adoptado todas las medidas razonables para evitar que se produzca (eliminación de trabajadores provenientes de empresas de trabajo temporal, vacaciones pendientes, disolución de bolsas de trabajo, etc.). Si bien las causas económicas no tienen que ser las únicas, deben ser las causas principales y deben mantenerse en el periodo en el que el trabajador recibe el subsidio.

(25) Véase, sobre el particular, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: "La fascinación por los modelos o el kurtzarbeit a la española". En GARCÍA PERROTE, Ignacio y MERCADER, J. *La reforma del mercado de trabajo*. Editorial Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 214-215.

(26) Cabe también una suspensión total de labores, en cuyo caso se habla de *Kurtzarbeit null.*

(27) FROHLICH, Martín. "La reducción de la jornada *(Kurtzarbeit)* y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania". En: *Temas Laborales,* Nº 105, 2010, p. 53.

(28) Ibídem, p. 50-51.

(29) Ibídem, p. 49-60.

(30) El recurso al *Kurtzarbeit* no es, por tanto, una potestad que pueda incluirse en el poder de dirección del empleador.

Dentro de los requisitos que vale la pena reseñar hay que comenzar señalando que debe tratarse de una pérdida significativa de trabajo y de salario, es decir, que involucre al menos a un tercio de la plantilla, con una pérdida de salario de más del 10 %. Además, el trabajador debe tener un empleo sujeto al seguro social obligatorio y es posible solicitar el subsidio también para los trabajadores que estén prestando sus servicios a través de empresas de trabajo temporal.

El empresario debe solicitar su ingreso al régimen de *Kurtzarbeit* ante la Agencia Federal de Trabajo, cumpliendo con acompañar el consentimiento del Comité de Empresa y los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales. Las consecuencias jurídicas de ingresar a este régimen son las siguientes:

- **Consecuencias para la relación laboral**

  Supone una suspensión de las principales obligaciones recíprocas de la relación de empleo. El trabajador queda liberado en todo o en parte de su obligación de trabajar y al mismo tiempo el empresario queda exonerado de la obligación de retribuir de manera proporcional a la reducción del trabajo.

- **Subsidio estatal**

  El empresario debe pagar el salario correspondiente al trabajo efectivamente realizado. Solo en el caso de la reducción completa de la jornada se exonera por completo la obligación de remunerar al trabajador, funcionan con la suspensión del contrato de trabajo.

  El subsidio no depende del periodo que el trabajador haya cotizado a la seguridad social. Para los trabajadores con hijos el subsidio supone el 67 % del salario neto, mientras que para todos los demás es el 60 %. El subsidio ahora se ha extendido hasta 24 meses si el derecho surgió antes del 31 de diciembre de 2009, mientras que si el derecho nació a partir del 2010, la duración máxima será de 18 meses.

IV. COLOFÓN

Quiero concluir este trabajo con una reflexión que me ha suscitado el volver a mirar con detenimiento esta materia a la vez que organizaba un ciclo de cine fórum llamado Enseñando Derecho del Trabajo desde el cine, y que comenzaba con las maravillosas imágenes de *Tiempos modernos* de Chaplin

haciendo de enajenado ajustador que deja de manejar su propio cuerpo a la vez que pierde la razón. Y es que más allá de los componentes cuantitativos del trabajo que se ven con claridad en el tema de la jornada, también hay que mirar los componentes cualitativos, referidos al contenido de la prestación del trabajador. Y al respecto, la Directiva de la Unión Europea 2003/88/CE puede sernos de gran ayuda cuando plantea en su artículo 13 y bajo el título de ritmo de trabajo lo siguiente:

> *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompasado, en función del tipo de actividad, y los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo".*

Cierto es que no corren tiempos buenos para Europa ni para el Derecho del Trabajo en general, pero el economicismo reinante no nos resta razón ni fuerza para seguir buscando una sociedad más justa y fraterna.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

CARLOS CORNEJO VARGAS[1]

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes temas de las relaciones individuales de trabajo es, sin ninguna duda, el de la gestión del tiempo de labor. Ciertamente, después de la contratación y del pago de remuneraciones, la gestión del tiempo de trabajo reviste particular interés e importancia para el empleador.

La importancia del tema propuesto radica en la necesidad que tiene todo empleador de establecer una jornada laboral que responda a las necesidades de sus actividades empresariales y respete los límites establecidos por la legislación laboral vigente.

Asimismo, el citado tema es importante porque todo empleador tiene un especial y particular interés en conocer las facultades que sobre la materia le reconoce la legislación laboral vigente, a efectos de diseñar y ejecutar una estrategia que le permita alcanzar sus objetivos empresariales, sin incurrir en sobrecostos, por ejemplo, aquellos que genera el trabajo en jornada extraordinaria.

(1) Abogado laboralista. Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y Universidad ESAN. Asociado principal del Estudio Rubio, Leguía, Normand.

La existencia de diversos tipos de jornada de trabajo, la relación del concepto de jornada de trabajo con el de horario de trabajo, las facultades y obligaciones que en materia de tiempo de trabajo nuestra legislación laboral vigente reconoce e impone a los empleadores y los desaciertos en los que incurre la citada legislación hacen necesario prestarle atención al tema propuesto.

De acuerdo lo anterior, en el presente artículo intentaremos hacer una revisión general del concepto y tipos de jornada de trabajo *(máxima, ordinaria, típica, atípica y extraordinaria)*, de su relación con el concepto de horario laboral, de la obligación de las empresas de controlar la asistencia y el tiempo de trabajo de su personal y de la compensación del trabajo en sobretiempo con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso, destacando los aciertos y desaciertos de nuestra legislación laboral vigente en la regulación de las citadas materias.

II. JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo puede ser definida como "*(…) el lapso convenido por las partes, que no puede exceder el máximo legal, durante el cual se encuentra el trabajador a las órdenes del patrono o empresario, con el fin de cumplir la prestación laboral que este le exija (…)*" [sic][(2)].

Asimismo, puede ser definida como *"(…) el tiempo –diario, semanal, mensual y, en algunos casos, anual– que debe destinar el trabajador a favor del empleador, en el marco de una relación laboral. En otras palabras, la jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador queda a disposición del empleador para brindar su prestación de servicio (…)"* [sic][(3)].

De las definiciones propuestas es claro que la jornada laboral es el tiempo en el que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente.

Complementando lo anterior, cabe apuntar que, en términos coloquiales, la jornada laboral es el número de horas de labor diaria o semanal.

(2) CABANELLAS, Guillermo. *Contrato de trabajo*. Tomo II. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1964, p. 123.

(3) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Gaceta Jurídica. Lima, 2011, p. 323.

No obstante lo anterior, el tema no es tan sencillo, pues existen distintos tipos de jornada de laboral que es necesario precisar: máxima, ordinaria, típica, atípica y extraordinaria.

III. TIPOS DE JORNADA

Como ya fue adelantado, existen distintos tipos de jornada de trabajo que es necesario definir, no solo por un interés puramente teórico, sino por una necesidad esencialmente práctica, a efectos de conocer los límites que se deben respetar, la realización de horas extras, entre otros temas.

Así pues, a continuación nos concentraremos en definir y señalar las principales características de la jornada máxima, de la jornada ordinaria, de la jornada típica, de la jornada atípica y de la jornada extraordinaria.

1. Jornada máxima

Sin ninguna duda, es necesario establecer límites a la duración de la jornada de trabajo, siendo que los citados límites dependen de factores económicos *(como los niveles de empleo y de remuneraciones)*, de factores técnicos *(como el mayor o menor grado de automatización de las industrias)* y de factores institucionales *(como el mayor o menor sentido social de los Gobiernos o la mayor o menor presión de las organizaciones sindicales)*.

En ese sentido, siguiendo a Alfredo Montoya Melgar, destacado laboralista español, cabe señalar que *"(…) En todos los países civilizados (…), una de las primeras manifestaciones del intervencionismo del Estado en las relaciones laborales fue la limitación de la jornada de trabajo; limitación fundada tanto en razones humanitarias (la defensa física y moral del obrero de que se habla a mediados del siglo XIX) como en razones económicas, al haberse probado que el incremento de la jornada laboral a partir de un determinado límite surte efectos negativos sobre la productividad del trabajo (…)"*[4] [sic].

De acuerdo con lo anterior, cabe señalar que en nuestro país, en enero del año 1919, y tras un paro general convocado por los principales gremios laborales durante los días 13, 14 y 15 de enero del citado año, el presidente José Pardo se vio en la necesidad de promulgar el Decreto Supremo de

(4) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Undécima edición. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1990, p. 325.

fecha 15 de enero del año 1919, y de establecer la jornada máxima de ocho (8) horas diarias.

Al respecto, cabe señalar que Mario Pasco, importante laboralista peruano, apunta que la jornada máxima *"(…) Es aquella que no puede ser sobrepasada permanentemente por mandato del empleador ni por convenio colectivo o contrato individual (…)"* [sic][5].

Nuestra legislación laboral vigente –como ya fue adelantado– no define a la jornada de trabajo, ni a ninguno de sus tipos, habiéndose ocupado y preocupado solo de señalar sus límites. Ciertamente, el artículo 25 de la Constitución establece que *"La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo (…)"* [sic].

La trascendencia de limitar el tiempo de trabajo queda en evidencia cuando se comprueba que la jornada máxima se regula en la Constitución y no en la ley, o no solo en la ley.

A su turno, el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo Nº 007-2002-TR (en adelante, Ley de Jornada de Trabajo), establece que la jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.

Al respecto, resulta necesario destacar que la jornada máxima tiene, finalmente, solo un límite semanal, pues nada impide que un trabajador labore más de ocho (8) diarias siempre que no supere el límite de cuarenta y ocho (48) horas semanales. Así pues, si una empresa quiere optimizar la jornada máxima de trabajo en cinco (5) días a la semana, podría establecer una jornada laboral diaria de nueve (9) horas con treinta y seis (36) minutos.

Sin embargo, las modernas tendencias de la gestión humana no recomiendan la extensión de la jornada de trabajo, sino más bien, su reducción, con la finalidad de permitir la realización del trabajador como ser humano.

(5) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Jornada y descansos remunerados en el Perú". En: *Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados*. Coordinador Néstor de Buen. Editorial Porrua S.A., Argentina, 1993, p. 418.

2. Jornada ordinaria

La jornada ordinaria de trabajo tampoco es definida por nuestra legislación vigente, empero, ello no impide ensayar una definición, máxime, si la misma resulta necesaria para aclarar conceptos y facilitar la gestión de los recursos humanos al interior de una organización empresarial.

La doctrina nacional propone que la *"(…) Jornada ordinaria es la normal de trabajo, es decir, la que se establece con carácter general y permanente dentro de cada establecimiento, la que habitualmente cumple el trabajador por ley, pacto o costumbre. Por razones obvias, no puede en ningún caso exceder de la jornada máxima legal (…)"*(6) [sic].

La misma doctrina nacional señala que si bien es cierto nuestra legislación laboral vigente faculta y permite al empleador establecer la jornada ordinaria dentro de los límites máximos constitucionales, no es menos cierto que dicha imposición es relativa, dado que a la firma del contrato el trabajador ha de consentirla(7).

Recogiendo las afirmaciones teóricas previas y lo establecido en nuestra legislación laboral vigente(8), considero que la jornada ordinaria es aquella que establece el empleador o que puede acordar con una organización sindical para ser aplicada en una empresa respetando los límites establecidos por la legislación laboral vigente.

Me aparto de aquella afirmación que sostiene que la jornada ordinaria de trabajo debe ser aceptada y/o consentida por el trabajador al momento de firmar su contrato de trabajo, primero, porque no siempre es necesario formalizar por escrito el contrato de trabajo; y segundo, porque si la legislación laboral reconoce al empleador la facultad y el poder para establecer y modificar la jornada de trabajo de manera unilateral, no parece posible ni recomendable que el empleador renuncie a dicha facultad para requerir en cada caso concreto la aceptación de los trabajadores a la jornada laboral que se les proponga. Imaginemos el desorden y caos que se generaría si cada trabajador pretendiera negociar su propia, especial y personal jornada de trabajo.

Complementando lo anterior me atrevo a proponer que, dada la regulación sobre la materia, no es conveniente para un empleador incluir en el

(6) Ibídem, pp. 418 y 419.

(7) Véase, ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores S.A.C., Lima, 2008, p. 438.

(8) Ver artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo.

contrato de trabajo o en el Reglamento Interno de Trabajo (en adelante, RIT) la jornada laboral aplicable al trabajador y/o en la empresa, pues cada vez que resultara necesario modificar y/o ajustar la citada jornada laboral se requeriría de la aceptación de los trabajadores y/o modificar el RIT a efectos de entregar un nuevo ejemplar de este a todos los trabajadores de la empresa, lo que en mi opinión resulta total y absolutamente innecesario si se tiene en cuenta que, en función de lo establecido en la legislación laboral vigente, bastaría con incluir en los contratos de trabajo y en el propio RIT una referencia genérica a que la jornada laboral será la que establezca el empleador respetando los límites legales señalados, precisándose que podrá ser modificada en función de las necesidades del servicio y observándose lo señalado en la legislación laboral vigente.

Ahora bien, resulta de singular importancia distinguir entre la jornada máxima y la jornada ordinaria. Ciertamente, realizar la citada distinción permitirá determinar la realización de jornada extraordinaria o sobretiempo, pues esta no es la que excede a la jornada máxima sino a la jornada ordinaria establecida por el empleador.

Esto último revela, además, la importancia de que el empleador establezca la jornada laboral ordinaria que más convenga a sus intereses, lo que debería traducirse en las necesidades del servicio, claro está, observándose los límites establecidos en la legislación laboral vigente.

3. Jornada típica

La jornada típica, como en los demás casos, tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral, situación que obliga a construir una definición.

A tal efecto, es indispensable recoger y tener en cuenta lo establecido por la citada legislación sobre la jornada máxima y los periodos de descanso semanal. Así pues, teniendo en cuenta que la jornada máxima de trabajo ha sido establecida con base en un periodo semanal durante el cual el trabajador tiene derecho a disfrutar de no menos de veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso, considero posible afirmar que la jornada típica es aquella que se ejecuta durante un periodo semanal con no menos de un día (1) de descanso.

Adicionalmente, y aunque no exista pauta legal que nos permita apuntarlo, considero que es posible afirmar que la jornada típica también se caracteriza por la regularidad en el número de horas de labor diaria.

De acuerdo con lo anterior, es posible señalar que son sistemas típicos de jornada típica los ciclos 5 x 2 y 6 x 1, esto es, aquellos ciclos en los que se

labora durante cinco (5) o seis (6) días consecutivos y se descansa uno (1) o dos (2) días, respectivamente.

Complementando lo anterior, y volviendo sobre una idea una ya expuesta, cabe reiterar que durante los días de labor el número de horas de trabajo deberá ser siempre el mismo.

De todos los tipos de jornada de trabajo hasta ahora mencionados y desarrollados, probablemente este, el de la jornada típica, sea uno que reviste especial relevancia teórica y no necesariamente práctica. Ciertamente, pues salvo para distinguirla de la jornada atípica, considero que no existe otra necesidad relevante para definir y caracterizar la jornada típica.

4. Jornada atípica

La jornada atípica tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente, empero la posibilidad de establecerla ha sido reconocida por nuestra Constitución.

En efecto, el artículo 25 de nuestra Carta Magna establece que *"(…) En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo (…)"* [sic].

El reconocimiento constitucional y la regulación legal de las jornadas atípicas hace necesario –también en este caso– intentar la construcción y ensayar una definición teniendo en cuenta que aquellas solo podrán ser establecidas cuando corresponda a la especial naturaleza de las actividades de la empresa y que en ningún caso podrán desconocer los límites establecidos por la propia legislación.

Ciertamente, el artículo 4 de la Ley de Jornada de Trabajo establece que "En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, *en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa*, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar los máximos (…)" [sic] (el resaltado es propio) legales.

En virtud de lo expuesto, considero que las jornadas atípicas son aquellas que se ejecutan durante un periodo que excede el semanal y que en función de las necesidades propias de la actividad empresarial justifican la prestación de servicios continuos e ininterrumpidos, los que luego son compensados con el otorgamiento de periodos de descanso que exceden el mínimo de veinticuatro (24) horas semanales que señala la legislación laboral vigente.

Ahora bien, y teniendo en cuenta la definición propuesta, resulta que las jornadas atípicas se caracterizan por la prestación de servicios durante un periodo de tiempo que exceda los cinco (5) o seis (6) días consecutivos, para luego compensar el mayor trabajo realizado con el otorgamiento de un periodo de descanso por más de veinticuatro (24) horas también consecutivas.

Y es que las jornadas de trabajo atípicas se caracterizan por la acumulación de periodos de trabajo y de descanso, los que se ejecutan de manera ininterrumpida. Si lo normal (típico) es prestar servicios durante cinco (5) o seis (6) días y descansar uno (1) o dos (2) días a la semana, lo "atípico" será prestar servicios ininterrumpidos por periodos que superen los cinco (5) o seis (6) días durante una semana, y descansar durante periodos que superen los dos (2) días también ininterrumpidos.

De acuerdo con lo anterior, serán sistemas típicos de jornada atípica los ciclos 1 x 1, 2 x 1 y 3 x 1, esto es, aquellos ciclos en los que por cada día de labor se disfruta de un (1) día de descanso; o en los que por cada dos (2) días de labor se disfruta de un (1) día de descanso; o en los que por cada tres (3) días de labor se disfruta de un (1) día de descanso, respectivamente.

Así pues, serán expresiones del ciclo 1 x 1, los ciclos de 10 x 10, 14 x 14 y 15 x 15; serán expresiones del ciclo 2 x 1, los ciclos 14 x 7 y 20 x 10; y serán expresiones del ciclo 3 x 1, el ciclo 21 x 7, ciertamente este último será el más agresivo, aunque no necesariamente el que genere el mayor número de horas de labor diaria en promedio, pues ello dependerá de la jornada diaria.

A mayor abundamiento, es preciso reiterar que la idea en las jornadas atípicas es que los periodos de descanso sean suficientes para compensar el trabajo realizado en días de descanso, en días feriados y en sobretiempo durante los días de labor; y que solo en caso de que el periodo de descanso no fuera suficiente para compensar el mayor trabajo realizado, corresponderá, entonces, pagar por el citado trabajo.

En una jornada atípica el ciclo laboral está integrado por los periodos de labor y de descanso, los cuales forman parte indisoluble de una unidad mayor a la que corresponde denominar "ciclo laboral atípico", en el cual –por expreso mandato legal– se debe respetar los límites establecidos a la jornada máxima.

Siendo explícito, cabe señalar que en los periodos de labor de los ciclos de jornada atípica, normalmente, además de los periodos de jornada ordinaria, se cuentan periodos de jornada extraordinaria de trabajo en días de descanso semanal y de trabajo en días feriados, a los que se puede denominar "trabajos en exceso", y los que deberían ser compensados con el periodo de descanso incluido en el propio "ciclo laboral atípico".

La citada compensación se realiza con la finalidad de que el promedio de horas trabajadas durante los periodos de labor no exceda los límites máximos establecidos en la legislación laboral vigente.

A tal efecto, la única forma de determinar si el promedio de labor diaria respeta la jornada máxima legal es realizar cálculos aritméticos, siendo para ello un dato absolutamente relevante, más que el "ciclo laboral atípico", el número de horas de labor diaria, según se propone a continuación:

Ciclo laboral atípico: 20 x 10 Jornada laboral diaria: 11 horas

Trabajo realizado en días de descanso semanal

6 ----- 1

20 ----- X X = 3,33 días

Trabajo realizado en días feriados[9]

30 ----- 1

20 ----- X X = 0,67 días

Trabajo realizado en jornada extraordinaria

20 x 3[10] = 60 / 8[11] = 7,5 días

Total 11,5 días

Para realizar la compensación de los "trabajos en exceso" (por días de descanso semanal, días feriados y horas extraordinarias) realizado durante el periodo de labor es necesario "sincerar" el periodo de descanso del "ciclo laboral atípico", pues este incluye periodos de descanso, específicamente, descanso semanal y días feriados.

A tal efecto, resulta necesario realizar los cálculos aritméticos que se propone a continuación:

(9) Cálculo realizado teniendo en cuenta que existen doce (12) feriados nacionales señalados por la legislación laboral vigente.

(10) Si la jornada máxima es de ocho (8) horas diarias, siendo la jornada laboral propuesta de once (11) horas diarias, corresponde considerar tres (3) horas extraordinarias por día.

(11) El número de horas extraordinarias realizadas durante el período de labor deben ser convertidas a días, para lo cual es necesario dividir el citado número entre el número máximo de horas de labor diaria, esto es, ocho (8) horas.

Descanso semanal en periodo de descanso

6 -----1

10 ----- X X = 1,67 días

Descanso por feriados en descanso semanal

30 -----1

10 X X = 0,33 días

Total = 2 días

De acuerdo con lo anterior, corresponde restar dos (2) días a los diez (10) días del periodo de descanso del "ciclo laboral atípico", lo que determina que en realidad solo exista ocho (8) días para compensar los "trabajos en exceso" realizados durante el periodo de labor, lo que, a su vez, determina la existencia de "trabajo en exceso" no compensado, según se advierte de las operaciones aritméticas que se proponen a continuación:

11,5 días - 8 días = 3,5 días x 8[12] = 28 horas

El ejercicio realizado determina que el "ciclo laboral atípico" de 20 x 10 y con una jornada laboral de once (11) horas diarias, resulte con veintiocho (28) horas de trabajo no compensadas, que deben ser remuneradas según corresponda[13].

No obstante lo expuesto, y aunque no existe una única forma de determinar si la jornada atípica respeta la jornada máxima legal, lo que en mi opinión es absolutamente claro *es que nuestra legislación laboral es deficiente al regular la forma de calcular el promedio de horas laboradas durante el ciclo laboral*.

El artículo 9 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2002-TR (en adelante, Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo), precisa que:

> *"El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas*

(12) Para determinar cuántas horas existen en 3.5 días, es necesario multiplicar dicho número por el número de horas diarias de la jornada máxima.

(13) Las horas no compensadas se remuneran como horas extras, pues los períodos laborados que corresponden a días de descanso semanal y días feriados se compensan con el período de descanso del "ciclo laboral atípico", toda vez que son más onerosos para el empleador.

alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el artículo 4 de la ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.

En este caso, el promedio de horas trabajadas en el ciclo o periodo correspondiente no podrá exceder los límites máximos previstos por la ley. ***Para establecer el promedio respectivo deberá dividirse el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo o periodo completo, incluyendo los días de descanso****"* [sic] (el resaltado es propio).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que la norma reglamentaria reconoce la facultad de los empleadores de establecer regímenes de jornada atípica, siempre que ello sea necesario por la naturaleza de las actividades de la empresa y se respete el límite máximo señalado por la legislación vigente.

Empero, lo controvertido de la citada disposición está en la forma de cálculo establecida para determinar el promedio de horas laboradas durante el "ciclo laboral atípico", que consiste en multiplicar el número de horas de la jornada diaria por el número de días de labor del "ciclo laboral atípico" para luego dividir el citado total de horas entre el número total de días del referido "ciclo laboral atípico" incluyendo los días de descanso.

Así pues, correspondería realizar las operaciones aritméticas que se señalan a continuación:

11 x 20 = 220/30 = 7,33

El ejercicio realizado determina que del "ciclo laboral atípico" de 20 x 10 y con una jornada laboral de once (11) horas diarias resulte un promedio de labor diaria de siete (7) horas y veinte (20) minutos, lo que determina que se cumpla con la jornada máxima legal y no se generen horas extras.

Al respecto, cabe preguntarnos ¿es correcta la regulación establecida en el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo? En mi opinión, dicha regulación no es correcta, sino total y absolutamente incorrecta, pues lo que genera es la afectación de los trabajadores al diluir el sobretiempo realizado en los días de descanso. En este sentido, considero que correspondería revisar el contenido de la citada disposición a efectos de que sea modificada.

Para cerrar este tema cabe señalar que, no obstante que la legislación laboral vigente no limita el ciclo de trabajo en las jornadas atípicas, el Tribunal Constitucional[14] ha establecido que el ciclo de trabajo *(el que incluye los periodos de labor y de descanso)* no puede exceder las tres (3) semanas, lo que luego fue precisado mediante una resolución aclaratoria, empero, la problemática de los límites a la jornada atípica y el análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional son temas que exceden largamente los alcances del presente trabajo, que simplemente pretende realizar algunos apuntes sobre la regulación del tiempo de trabajo en nuestra legislación laboral vigente.

5. Jornada extraordinaria

La jornada extraordinaria tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente. En efecto, nuestra legislación se ha limitado a regular sus características, su pago, el valor hora y la base de cálculo para determinar el citado valor y su registro, sin proponer una definición de ella, lo que si bien es cierto es una omisión, no es menos cierto que se alinea con el tratamiento de todos los tipos de jornada a los que se refiere nuestra legislación laboral.

No obstante lo anterior, considero que es posible definir a la jornada extraordinaria como aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa.

En el mismo sentido puede señalarse que la doctrina local considera que la jornada extraordinaria es aquella *"(…) que excede del límite de la jornada normal u ordinaria, exceso que es de duración temporal, relacionada con las actividades habituales de la producción a que se dedica el centro de trabajo y siempre que ese exceso o prolongación del servicio sea objeto de sobrerremuneración. A la jornada extraordinaria se le conoce también con las denominaciones de trabajo suplementario, trabajo extra, horas extras, sobretiempo, etc. (…)"*[15] [sic].

Más adelante, volveremos sobre este tema, que será tratado con mayor detalle.

(14) Ver Resolución de fecha 17 de abril del año 2006, recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, y Resolución aclaratoria de fecha 11 de mayo del año 2006, emitida por el Tribunal Constitucional en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa Southern Perú Cooper Corporation.

(15) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ibidem, p. 419.

IV. FACULTADES DEL EMPLEADOR

La legislación laboral vigente establece que el empleador tiene el poder para establecer y para modificar la jornada de trabajo.

Ciertamente, el artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo precisa que el empleador está facultado para realizar las acciones que se señalan a continuación:

(i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal;

(ii) Establecer jornadas compensatorias de trabajo sin exceder los límites legales;

(iii) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo;

(iv) Establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, según las necesidades del centro de trabajo; y

(v) Establecer y modificar horarios de trabajo.

La misma legislación señala que para la ejecución de cualquiera de las medidas antes señaladas, el empleador está obligado a enviar con ocho (8) días de anticipación una comunicación escrita explicando los motivos y las razones que la sustentan. Dicha comunicación debe ser enviada a la organización sindical, a los representantes de los trabajadores, o en su defecto, a los trabajadores afectados por la medida.

Por expreso mandato legal y dentro del citado plazo, la organización sindical, los representantes de los trabajadores, o en su defecto, los trabajadores afectados por la medida, pueden solicitar al empleador la realización de una reunión con la finalidad de evaluar otras alternativas a la medida propuesta, en cuyo caso, el empleador estará obligado a reunirse, para lo cual deberá señalar fecha y hora para la realización de la reunión solicitada.

Al respecto, es de singular importancia destacar que el empleador solo está obligado a reunirse con quienes lo soliciten, mas no está obligado a arribar a ningún acuerdo. En ese sentido y aun contra la voluntad de los trabajadores afectados por la medida, el empleador podrá ejecutarla, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal medida ante el Ministerio de Trabajo, el que resolverá el tema de manera definitiva después de solicitar a las partes que expliquen las razones que sustentan sus respectivas posiciones.

Lo expuesto revela que la legislación laboral vigente le reconoce al empleador un poder importante para establecer y para modificar la jornada laboral, cuyo único límite es el que impone la jornada máxima de trabajo.

1. Modificación de la jornada de trabajo

Como ya ha quedado dicho, el empleador tiene el poder para modificar la jornada de trabajo respetando los límites y el procedimiento establecidos por la legislación laboral vigente, se entiende, para atender los requerimientos del servicio de la propia empresa.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la modificación de la jornada laboral debe tenerse en cuenta que ella incluye la extensión y la reducción de la misma; y la variación (por ampliación o reducción) del número de días de labor semanal.

Al respecto, debe considerarse que es poco probable que la decisión del empleador de reducir la jornada laboral genere resistencia por parte de los trabajadores. Antes bien, es altamente probable que la decisión del empleador de ampliar la jornada laboral y/o el número de días de labor semanal sí genere resistencia de parte de los trabajadores, pues ello afectará periodos de descanso y esparcimiento, y diversas actividades personales.

1.1. Ampliación de la jornada laboral

La ampliación de la jornada laboral consiste en incrementar el número de horas de labor diaria y semanal, lo que muy probablemente será consecuencia inmediata y directa de una necesidad empresarial.

Al respecto, debe señalarse que la legislación laboral vigente[16] establece que podrá extenderse la jornada laboral cuando sea menor a la máxima legal, para lo cual debería bastar que el empleador invoque la facultad de extender la jornada laboral que le reconoce la legislación vigente, aunque por expreso mandato legal será necesario que explique y sustente las razones que motivan su decisión de extender la jornada laboral, lo que muy probablemente tendrá origen en una necesidad de la empresa de incrementar sus actividades.

No obstante lo anterior, debe señalarse que la misma legislación laboral vigente establece que no será posible extender la jornada de trabajo para alcanzar la jornada ordinaria máxima, cuando la reducción de esta haya sido establecida por ley o convenio colectivo.

(16) Ver artículo 3 de la Ley de Jornada de Trabajo.

Así pues, es claro que los empleadores solo podrán ejercer la facultad de extender la jornada laboral, cuando la jornada ordinaria de la empresa sea menor a la jornada máxima legal y no haya sido establecida por mandato legal o convenio colectivo, caso contrario será imposible extenderla sin vulnerar lo establecido en la legislación laboral y verificar una infracción laboral muy grave, situación que expone a la empresa a la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo de hasta doscientas (200) UIT, esto es, hasta por la suma de S/. 740 000,00 (setecientos cuarenta mil y 00/100 nuevos soles).

Complementando lo hasta aquí expuesto, es preciso señalar que por expreso mandato legal cuando el empleador decida extender la jornada laboral estará obligado a incrementar la remuneración de manera directamente proporcional a la extensión de la jornada de trabajo.

Así pues, es claro que la amplia facultad del empleador para extender la jornada laboral cuando así sea necesario y convenga a las actividades empresariales tiene una carga consistente en la obligación de incrementar la remuneración de los trabajadores afectados por la medida, aunque considero que nada impide a las partes pactar en sentido contrario, esto es, acordar trabajar más a cambio de la misma remuneración. La razón es simple: no existe norma expresa que prohíba dicho acuerdo.

2. Reducción de la jornada laboral

La reducción de la jornada laboral consiste en la disminución del número de horas de labor diaria y semanal, situación que, en mi opinión, puede obedecer a una de dos (2) situaciones: a la necesidad de mejorar el clima laboral o a la necesidad de reducir los costos laborales.

Como en el caso de la ampliación de la jornada laboral, debe señalarse que la legislación laboral vigente[17] establece que el empleador podrá decidir unilateralmente la reducción de la jornada laboral, empero no podrá disponer la reducción de la remuneración de los trabajadores afectados por la citada medida, salvo pacto expreso en sentido contrario.

Como ya se ha adelantado, considero que la reducción de la jornada de trabajo no debería generar resistencia de parte de los trabajadores, pues normalmente debería ser una medida para mejorar el clima laboral y para revelar una buena práctica de gestión humana, máxime si se decide ejecutar la medida sin afectar y reducir la remuneración de los trabajadores.

(17) Ver artículo 3 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

Empero si la citada medida obedece a la necesidad de reducir los costos de la empresa para afrontar una situación de crisis económica y financiera que pone en riesgo su viabilidad, estará más que justificada la decisión de las partes de reducir las remuneraciones.

Así pues, considero necesario destacar la regulación que nuestra legislación laboral vigente ha dado a la reducción de la jornada laboral, pues permite que sea producto del acuerdo de las partes o decidida unilateralmente por el empleador, impidiendo la afectación de las remuneraciones del personal alcanzado por la medida, pero reconociendo al mismo tiempo la posibilidad de acordar una reducción de las remuneraciones, lo que se condice con la flexibilidad con que ha sido concebida y regulada la reducción del tiempo de trabajo.

V. TRABAJADORES LIBERADOS DE LA OBLIGACIÓN DE OBSERVAR LA JORNADA MÁXIMA

La regla general es que todos los trabajadores están obligados a observar la jornada máxima de trabajo, empero, como toda regla general, esta también tiene excepciones.

Ciertamente, el artículo 5 de la ley de Jornada de Trabajo, establece que no están comprendidos en la obligación de observar la jornada máxima de trabajo: los trabajadores de dirección, los trabajadores que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata del empleador y los trabajadores que presten servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, esto es, alternando periodos de actividad e inactividad laboral.

Complementando lo expuesto, cabe señalar que la legislación laboral vigente[18] establece que son trabajadores de dirección[19] los que ejercen la re-

(18) Ver artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(19) El artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece expresamente que en la designación o promoción del trabajador a dirección o confianza, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.
Por su parte, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-96-TR, establece que para la calificación de los puestos de dirección y de confianza el empleador aplicará el siguiente procedimiento:
- Identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa;
- Comunicar por escrito a los trabajadores que corresponda sobre calificación;

presentación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

De acuerdo con lo anterior, normalmente serán trabajadores de dirección el gerente general, los gerentes de línea, el contador general, el auditor general, etc., aunque no existen fórmulas genéricas para identificar a los trabajadores de dirección, por lo que en todos los supuestos deberá realizarse un análisis del caso concreto.

A su turno, la misma legislación laboral vigente(20) establece que se considera personal que labora sin supervisión y/o fiscalización inmediata del empleador a aquel que ejecuta sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador; y al que lo hace parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él solamente para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones que resultaran necesarias.

Dentro del primer grupo de trabajadores podemos incluir a aquellos que no reciben instrucciones de cómo realizar su trabajo; que no entregan reportes sobre el trabajo realizado en forma diaria y cotidiana; que responden personalmente por el producto y/o resultado de su trabajo; y que prestan servicios en un lugar distinto al de su jefe inmediato.

Dentro del segundo grupo de trabajadores, por la claridad del precepto legal, se cuentan los vendedores, los supervisores de ventas, los cobradores, etc.

Adicionalmente, la legislación laboral vigente precisa que se considera personal que presta servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia a aquel que en la ejecución del servicio contratado alterna periodos de actividad e inactividad laboral. Entre dichos trabajadores podemos incluir a los guardianes, a los choferes de taxi *remisse*, etc.

Complementando lo anterior, cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Supremo Nº 004-2006-TR establece que no existe obligación legal de llevar registro de control de asistencia para los trabajadores de dirección, para los trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador y para los trabajadores que prestan servicios intermitentes durante el día.

- Consignar en la planilla y boletas de pago la calificación correspondiente.
Finalmente, cabe señalar que el artículo 60º del mismo texto normativo establece que la calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita.

(20) Ver literal b) del artículo 10 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

De la lectura concordada de las disposiciones transcritas se advierte que la consecuencia inmediata y directa de liberar al personal de la obligación de observar la jornada máxima y de la obligación de registrar su asistencia y tiempo de trabajo es la imposibilidad de conocer el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador, lo que se traduce en una limitación para la realización y el pago del trabajo en jornada extraordinaria.

Luego, todos los trabajadores incluidos en las categorías antes mencionadas tienen limitaciones para realizar trabajos en jornada extraordinaria y para percibir remuneración por la realización del citado trabajo.

En otro orden de ideas, es también necesario destacar que de la lectura del artículo 5 de la Ley de Jornada de Trabajo se advierte que los trabajadores de confianza ya no están liberados de las obligaciones de observar la jornada máxima y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo.

La consecuencia inmediata y directa de lo anterior es que los trabajadores de confianza están en condiciones de realizar sobretiempo y de exigir el pago por esto.

La única posibilidad de que los trabajadores de confianza queden liberados de las obligaciones de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo es que, además de ser de confianza, sean trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador, lo que deberá ser apreciado y determinado en cada caso concreto en función de las reglas señaladas precedentemente.

Luego, *solo será posible limitar el pago de trabajo en jornada extraordinaria al personal de confianza, si además este califica como personal que realiza su trabajo sin supervisión inmediata del empleador*.

VI. HORARIO DE TRABAJO

Siguiendo una pauta ya mencionada, nuestra legislación laboral vigente no define el horario de trabajo, lo que nos vuelve a obligar a buscar y ensayar una definición.

En ese sentido, cabe señalar que la doctrina local señala que el horario de trabajo *"(…) se relaciona íntimamente con la jornada laboral y determina*

el momento exacto de comienzo y final del trabajo. Es la distribución de la jornada en cada uno de los días laborables (…)"[21] [sic].

De la definición transcrita resulta un dato importante que muchas veces pasa desapercibido: el horario de trabajo es un concepto distinto al de jornada de trabajo, aunque ambos están íntima y estrechamente relacionados.

Así pues, es claro que el horario laboral y la jornada de trabajo no son sinónimos, sino conceptos complementarios, íntimamente vinculados que se necesitan el uno al otro para tener sentido.

Ya sabemos, entonces, que la jornada de trabajo es el tiempo en que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente, y que el horario de trabajo refiere a la hora de inicio y de término de la jornada laboral.

Por otro lado, y en función de lo ya señalado en el numeral III precedente sobre facultades del empleador, cabe señalar que el empleador tiene una facultad expresamente reconocida por la legislación laboral vigente para establecer y modificar el horario de trabajo.

Desarrollando la idea previa, debe apuntarse que la legislación laboral vigente[22] establece que el empleador está facultado para modificar el horario de trabajo, es decir, la hora de inicio y/o término de la jornada diaria. A su turno, el Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo ha precisado que esta facultad puede ejercerla unilateralmente el empleador, sin alterar la duración de la jornada de trabajo.

La modificación del horario de trabajo puede afectar a un trabajador *(individual)* o un grupo de trabajadores *(colectivo)*. Si sucede lo primero y la modificación es superior a una (1) hora, el trabajador afectado podrá cuestionar tal medida judicialmente como un acto de hostilidad, debiendo emplazar previamente al empleador para el cese del citado acto.

Si sucede lo segundo y la mayoría de trabajadores no estuviera de acuerdo con la modificación del horario de trabajo, podrán cuestionar la medida ante el Ministerio de Trabajo dentro de quinto día de ejecutada la modificación, el que resolverá de manera definitiva.

Adicionalmente, debe destacarse que por expreso mandato legal, el empleador puede modificar unilateralmente hasta en una (1) hora el horario de

(21) ARCE ORTIZ, Elmer. Ibídem, p. 451.

(22) Ver literal e) del artículo 2 de la Ley de Jornada de Trabajo.

trabajo *(adelantando o atrasando la hora de inicio o de término de la jornada laboral)*, sin posibilidad de cuestionamiento alguno por parte de los trabajadores, conforme lo establece el artículo 6 de la Ley de Jornada de Trabajo.

Para cerrar el presente tema, cabe señalar que la legislación laboral vigente[23] establece que todos los empleadores están obligados a exhibir el horario de trabajo y los tiempos de tolerancia[24], cuando ello corresponda, en el lugar donde se ubique el registro de control de asistencia y tiempo de trabajo.

Esta obligación ya existía, pues estaba regulada en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, empero debe precisarse que el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 011-2006-TR, precisa que dicha exhibición deberá realizarse en el lugar donde se ubique el registro de control de asistencia y tiempo de trabajo, aunque aquel –el lugar– no sea precisamente un lugar visible del centro de trabajo, como establece el citado artículo 2 de la norma reglamentaria.

VII. REFRIGERIO

La legislación laboral vigente[25] establece que cuando la prestación de servicios se ejecute en horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos[26] o a tomar un descanso de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en sentido contrario.

La misma norma precisa que el tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos, y que no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se convenga lo contrario.

El problema con la regulación del refrigerio es que no señala qué se entiende por trabajo en "horario corrido", omisión que obliga a indagar sobre el tema y a establecer un criterio objetivo que nos permita resolver la citada

(23) Ver artículo 2 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

(24) No existe obligación legal de otorgar tolerancia para el ingreso al centro de trabajo a la hora de inicio de la jornada laboral.

(25) Ver artículo 7 de la Ley de Jornada de Trabajo.

(26) El artículo 14 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, precisa que el período de refrigerio es el tiempo establecido para que el trabajador pueda tomar su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso.
Por su parte, el artículo 15 del mismo texto normativo precisa que el periodo de refrigerio debe coincidir, en la medida de lo posible, con los horarios habituales del desayuno, almuerzo o cena, debiendo tomarse dentro del horario de trabajo.

omisión, lo que se logra señalando que se trabajará en "horario corrido" cuando se cumpla una jornada laboral de por lo menos cuatro (4) horas diarias. ¿Y porque cuatro (4) horas diarias? Porque se trata de la jornada mínima que determina que un trabajador tenga derecho al catálogo completo de derechos laborales. Al respecto, considero inconsistente aquella afirmación que propone condicionar el otorgamiento del periodo de refrigerio al cumplimiento de un horario de trabajo específico.

No obstante lo anterior, el acierto o aspecto rescatable de la regulación del refrigerio es que esta precisa que aquel *(el refrigerio)* no forma parte de la jornada laboral, lo que permite afirmar que la jornada de trabajo en nuestra legislación laboral vigente es de "trabajo efectivo".

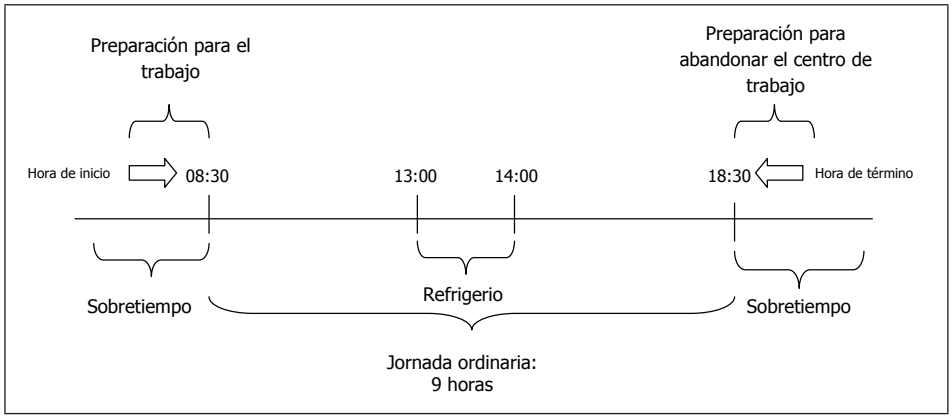
Dicho ello, corresponde afirmar que una pauta importante para gestionar de manera adecuada el tiempo de trabajo y para intentar optimizarlo será el cumplimiento de la jornada de trabajo de manera "efectiva". ¿Y qué se necesita para un trabajador, cualquier trabajador, cumpla de manera "efectiva" con su jornada laboral?

La respuesta es sencilla: que esté en su puesto de trabajo listo para cumplir con sus obligaciones laborales a más tardar a la hora de inicio de la jornada laboral, y hasta no antes de la hora de término de la jornada laboral; en caso contrario, el trabajador perderá tiempo laboral en la atención de labores personales que pueden llegar hasta una (1) hora diaria, hasta cinco (5) horas semanales y hasta veinte (20) horas mensuales, lo que equivale alrededor de dos (2) días de labor.

Ahora bien, la primera medida para intentar alcanzar el cumplimiento "efectivo" de la jornada laboral es la regulación del ingreso y de la salida del centro de trabajo, de modo que se regule la necesidad de que el trabajador ingrese antes de la hora inicio de la jornada laboral, y que permanezca hasta después de la hora de término de la jornada laboral, bajo la justificación de que todo trabajador necesita un tiempo de preparación para el trabajo y un tiempo de preparación para abandonar el centro de trabajo; en caso contrario, existirá el riesgo de que el trabajador realice jornada extraordinaria y/o que pierda tiempo laboral destinándolo a la atención de otras actividades y afectando, de ese modo, su rendimiento laboral y la productividad empresarial.

Así pues, resulta de singular importancia vigilar y controlar el tiempo de trabajo, para lo cual se requiere no solo trabajadores comprometidos con el cumplimiento de sus obligaciones laborales, sino además disposiciones internas que regulen la permanencia de los trabajadores en el centro laboral, los tiempos de preparación para el trabajo y para abandonar el centro de trabajo, la realización de jornada extraordinaria, ente otros temas relevantes.

El cuadro que se propone a continuación revela la importancia de controlar el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo y la permanencia de los trabajadores en el local de la empresa durante la citada jornada laboral.



VIII. CONTROL DE LA ASISTENCIA Y TIEMPO DE TRABAJO

Por expreso mandato legal, todos los empleadores están obligados a controlar la asistencia y el tiempo de trabajo de su personal.

Ciertamente, según lo establece el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 010-2008-TR, todos los empleadores están obligados a controlar la asistencia de sus trabajadores, de los trabajadores de sus empresas colaboradoras que presten servicios dentro de sus instalaciones y de los beneficiarios de los convenios formativos.

No obstante lo anterior, es preciso destacar que la citada obligación no nació en el mes de abril del año 2006, con la promulgación y posterior publicación del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, pues dicha obligación ya existía.

Ciertamente, cabe precisar que la legislación laboral vigente a la citada fecha ya establecía la obligación de los empleadores de contar con un registro de control de asistencia y tiempo de trabajo, pues el artículo 10-A de la Ley de Jornada de Trabajo establecía la obligación de los empleadores de controlar el trabajo realizado en sobretiempo, lo que solo podía realizarse haciendo lo propio con el trabajo ejecutado durante la jornada ordinaria. *Luego, resulta inequívoco que ya existía esta obligación y que la norma bajo cometario, en el mejor de los casos, la precisó*.

Asimismo, debe señalarse que por expreso mandato legal el citado registro de control de asistencia y tiempo de trabajo debe cumplir las características que se señalan a continuación:

(i) Debe ser llevado en soporte físico o digital con las medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o perdida;

(ii) Debe contener información mínima (nombre y RUC del empleador; nombre del trabajador; nombre y número del documento de identidad del trabajador; fecha, hora y minutos del ingreso y salida de la jornada laboral; y las horas y minutos de permanencia fuera de la jornada ordinaria de trabajo);

(iii) No podrá realizarse cuando el trabajador se presente en el centro de trabajo después de vencida la tolerancia o cuando no preste servicios;

(iv) Debe ponerse a disposición de quien lo requiera (Ministerio de Trabajo, autoridad pública, organización sindical, representantes del personal o el propio interesado); y

(v) Debe ser conservado hasta cinco (5) años después de ser emitido.

Finalmente, y como ya ha sido indicado previamente, la legislación laboral vigente[27] establece que el empleador podrá liberar de la obligación de registrar su asistencia y tiempo de trabajo a los trabajadores de dirección, a los que laboran sin supervisión inmediata del empleador y a los presten servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, alternando lapsos de actividad y de inactividad laboral.

La norma bajo comentario no excluye de la obligación antes referida a los trabajadores de confianza, por lo que debemos entender que a partir del 6 de mayo del año 2006 dicho grupo de trabajadores estará obligado a registrar su asistencia y a percibir horas extras cuando las laboren.

IX. JORNADA EXTRAORDINARIA

Como ya fue adelantado previamente, la jornada extraordinaria tampoco ha sido definida por nuestra legislación laboral vigente. En efecto, nuestra legislación se ha limitado a regular sus características, su pago, el valor hora y

(27) Ver artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR.

la base de cálculo para determinar el citado valor y su registro, sin proponerle una definición, lo que si bien es cierto es una omisión, no es menos cierto que se alinea con el tratamiento de todos los tipos de jornada a los que se refiere nuestra legislación laboral.

No obstante lo anterior, considero que es posible definir a la jornada extraordinaria como aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa, aun cuando se trate de una jornada de trabajo reducida respecto de la jornada máxima legal.

En el mismo sentido, la doctrina española considera que *"(…) Son extraordinarias las horas que exceden de la jornada normal, fijada legal o convencionalmente, esto es, las horas que sobrepasan, no ya la jornada máxima legal, sino la jornada real más reducida que pudiera disfrutar el trabajador (…)"* [sic][28].

Nuestra legislación laboral se ha limitado a señalar que la jornada extraordinaria es voluntaria, tanto en su otorgamiento como en su prestación, de modo que ningún trabajador puede ser obligado a ejecutarla, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de la ocurrencia de un evento imprevisible, irresistible e inevitable (hecho fortuito o de fuerza mayor) que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo, o la continuidad de la actividad productiva de la empresa.

La jornada extraordinaria es también voluntaria para el empleador, por lo que en ningún caso algú trabajador puede exigir –al empleador– el otorgamiento de jornada extraordinaria, lo que autoriza a afirmar que la ejecución de esta última debe ser producto de un acuerdo de las partes.

Complementando lo anterior, es preciso señalar que nuestra legislación laboral vigente[29] [30] establece que la jornada extraordinaria podrá ser ejecutada antes del inicio de la jornada laboral ordinaria o después de su término, y que su ejecución supone una prestación efectiva de servicios en beneficio del empleador, que además no exige autorización expresa y explícita del empleador, pues bastará que el trabajador acredite su sola permanencia en el centro de trabajador, situación que obliga al empleador a acreditar de manera objetiva y razonable que la permanencia del trabajador fue para atender asuntos y actividades personales y no laborales[31].

(28) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ibídem, p. 331.

(29) Ver artículo 18 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

(30) Ver artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo.

(31) Ver artículo 7 del Decreto Supremo Nº 011-2006-TR.

Al respecto, es necesario hacer un paréntesis y señalar que nuestra legislación incurre en error al confundir las horas de inicio y de término de la jornada laboral, con las horas de ingreso y de salida de los trabajadores. En efecto, el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo, establece que *"(…) El sobretiempo puede ocurrir antes de la hora de ingreso o de la hora de salida establecidas (…)"* [sic], lo que en mi opinión personal revela un desconocimiento del tema y un pobre y confuso tratamiento legislativo de la jornada extraordinaria.

A su turno, y varios años después, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 011-2006-TR, establece que *"(…) **Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora de salida**, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable (…)"* [sic] (el resaltado es propio).

De la lectura de las disposiciones transcritas se advierte claramente el error en el que incurren nuestros legisladores y el Ministerio de Trabajo al tratar la hora de inicio y de término de la jornada ordinaria de trabajo como horas de ingreso y de salida, lo que no corresponde, pues si las citadas calificaciones fueran correctas a la hora de inicio de la jornada laboral los trabajadores deberían estar registrando su ingreso al centro de trabajo, lo que es incorrecto, pues a dicha hora (inicio de jornada laboral) los trabajadores deben estar listos para empezar a trabajar.

Del mismo modo, si la hora de salida fuera una calificación correcta, a dicha hora los trabajadores deberían estar registrando su salida del centro de trabajo, lo que también es incorrecto, pues a dicha hora (término de jornada laboral) los trabajadores deben aún estar en sus puestos de trabajo, concluyendo sus actividades laborales.

Las horas de ingreso y de salida, simplemente, no existen y, por tanto, su referencia debería ser eliminada de nuestra legislación laboral vigente, máxime si ello puede afectar una eficiente gestión del tiempo de trabajo, evitando que la jornada ordinaria se ejecute de manera "efectiva", como ya ha sido explicado previamente.

Asimismo, nuestra legislación laboral vigente[32] establece que la jornada extraordinaria será remunerada con una sobretasa que para las dos (2) primeras horas no podrá ser inferior al veinticinco por ciento (25 %) por hora

(32) Ver artículo 10 de la Ley de Jornada de Trabajo.

calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente; y al treinta y cinco por ciento (35 %) para las horas restantes[33].

Para ir cerrando este tema, puede señalarse que nuestra legislación laboral vigente[34] obliga al empleador a registrar el trabajo prestado en jornada extraordinaria mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables; y que la deficiencia en el sistema de registro no impedirá el pago de este máxime si el trabajador acredita su efectiva realización.

Ahora bien, la idea fuerza en materia de jornada extraordinaria no es encontrar un mecanismo alternativo a su pago, como lo es la compensación que será analizada en el numeral ulterior, sino establecer pautas que optimicen la prestación de servicios por parte de los trabajadores y la gestión del tiempo de trabajo, de modo que sea posible evitar la realización de jornada extraordinaria.

A tal efecto, el empleador puede y deber diseñar y ejecutar una serie de medidas, entre a cuales podemos mencionar las siguientes:

(i) Establecer una jornada laboral ordinaria que responda a las necesidades operativas de la empresa;

(ii) Excluir a los trabajadores que corresponda de la obligación de observar la jornada máxima de trabajo;

(iii) Excluir a los trabajadores que corresponda de la obligación de registrar la asistencia y el tiempo de trabajo;

(iv) Supervisar las horas de inicio y de término de la jornada ordinaria de trabajo;

(v) Establecer políticas sobre la asistencia, puntualidad, permanencia, etc.;

(vi) Redistribuir las cargas de trabajo; y

(vii) Asignar labores según capacidades laborales de los trabajadores.

(33) Los artículos 11 y 12 de la Ley de Jornada de Trabajo precisan que las sobretasas para pagar la realización de jornada extraordinaria serán calculadas sobre la remuneración ordinaria que el trabajador perciba con periodicidad semanal, quincenal o mensual, en dinero o en especie, sin incluir las remuneraciones complementarias de naturaleza variable o imprecisa, así como aquellas otras de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual, según corresponda; y que para obtener el valor de una hora de trabajo, la remuneración de un día deberá ser dividida entre el número de horas de la jornada laboral ordinaria.

(34) Ver artículo 10-A de la Ley de Jornada de Trabajo.

X. COMPENSACIÓN

La compensación es la única forma regular de evitar el pago del trabajo realizado en jornada extraordinaria y consiste en otorgar periodos equivalentes de descanso para compensar –como ya ha quedado dicho– el trabajo realizado en jornada extraordinaria.

Empero, se trata de un mecanismo importante pero accesorio para la gestión del tiempo de trabajo, pues la idea no es compensar el trabajo que se pueda realizar en jornada extraordinaria, sino evitar la realización del citado trabajo como ya se ha señalado y explicado previamente.

Ahora bien, por expreso mandato legal[35] para poder ejecutar la compensación es necesaria la celebración de un convenio escrito, que podemos calificar de "privado", pues no es obligatorio ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo, sino que únicamente queda en poder de las partes.

Uno de los aspectos destacables de la compensación es que permite la creación de un banco de horas, esto es, de un registro para controlar el tiempo de trabajo en jornada extraordinaria y los periodos de descanso que se pueden generar como consecuencia de la verificación de tardanzas y la solicitud de permisos para atender diversos asuntos personales.

Empero, lo más destacable de la compensación es que genera ventajas para ambas partes y no solamente para el empleador, como se suele pensar y proponer el tema.

Las ventajas para los trabajadores se generan cuando estos verifican tardanzas y acumulan periodos de permisos para atender asuntos personales como, por ejemplo, la asistencia al mÉdico, al colegio de los hijos, etc. En todos esos casos como los trabajadores no cumplen con poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador durante toda la jornada de trabajo, entonces no se genera para el empleador la obligación de pagar la remuneración de manera completa, sino de manera directamente proporcional al tiempo que los trabajadores cumplieron con su obligación.

En ese sentido, con la finalidad de evitar afectar los ingresos de los trabajadores, el empleador paga la remuneración convenida de manera completa y acumula en el banco de horas el periodo de descanso generado, para en algún

(35) Ver artículo 26 del Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo.

momento, cuando el empleador lo requiera, los trabajadores laboren en jornada extraordinaria para compensar el citado periodo de descanso acumulado.

Lo anterior se sustenta en que no existe ninguna disposición en nuestra legislación laboral vigente que impida acumular primero los periodos de descanso para luego poder compensarlos –cuando corresponda– con la realización de trabajo en jornada extraordinaria. Tampoco existe una disposición que establezca expresa y explícitamente que primero deba acumularse el trabajo realizado en jornada extraordinaria. Descartar la presente propuesta implica atentar contra los ingresos de los trabajadores y afectar la posibilidad de crear un buen clima laboral en la empresa.

En tal sentido, queda claro que la compensación genera ventajas a los trabajadores, quienes pueden evitar verse afectados económicamente por las tardanzas en las que incurran y por los permisos que soliciten.

Por su parte, las ventajas para el empleador consisten en que los periodos de descanso acumulados y/o las horas de jornada extraordinaria acumuladas pueden ser compensadas en cualquier momento.

Ciertamente, la legislación laboral vigente establece que la compensación debe realizarse dentro del mes siguiente a aquel en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en sentido contrario. Esto último ofrece a las partes la posibilidad de acordar la oportunidad de la compensación en función de los intereses personales del trabajador y de las necesidades de servicios de la empresa. A falta de acuerdo, corresponderá al empleador decidir la oportunidad de la compensación.

La otra ventaja para el empleador es que la compensación es por periodos equivalentes de de descanso, sin que corresponda aplicar ninguna sobretasa. La razón es simple y sencilla: la sobretasa ha sido prevista para el pago del trabajo en sobretiempo y no para su compensación.

Por las razones expuestas, es claro que estamos frente a un mecanismo interesante para gestionar el tiempo de trabajo y para evitar el pago del trabajo realizado en jornada extraordinaria.

XI. CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, se proponen las conclusiones que se señalan a continuación:

(i) Nuestra legislación no define a la jornada de trabajo, ni a sus distintos tipos.

(ii) El concepto de jornada de trabajo es distinto al de horario de trabajo, aunque están íntimamente relacionados. La jornada de trabajo se refiere al tiempo en el que el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, respetando los límites máximos establecidos por la legislación laboral vigente, mientras que el horario de trabajo se refiere a la hora de inicio y de término de la jornada laboral.

(iii) Nuestra legislación laboral vigente incurre en error al confundir las horas de inicio y de término de la jornada laboral con las horas de ingreso y de salida de los trabajadores.

(iv) La regulación contenida en nuestra legislación laboral vigente para determinar el promedio de horas laboradas en las jornadas atípicas es incorrecta, afecta a los trabajadores y debería ser modificada.

(v) Los empleadores tienen la facultad y no la obligación de liberar a los trabajadores de dirección, a los que laboren sin supervisión inmediata del empleador y a los que realizan labores de espera, vigilancia o custodia de las obligaciones de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo.

(vi) Los trabajadores de dirección, los que laboren sin supervisión inmediata del empleador y los que realizan labores de espera, vigilancia o custodia tienen limitaciones para realizar labores en jornada extraordinaria.

(vii) Los trabajadores de confianza están obligados a observar la jornada máxima de trabajo y a registrar su asistencia y tiempo de trabajo, salvo que además sean trabajadores que laboran sin supervisión inmediata del empleador, en cuyo caso tendrán limitaciones para realizar labores en jornada extraordinaria.

(viii) La jornada extraordinaria es aquella que –como su nombre lo indica y sugiere– excede a la jornada ordinaria, esto es, aquella establecida por el empleador con la finalidad de que sea observada dentro de la empresa, aun cuando se trate de una jornada de trabajo reducida respecto de la jornada máxima legal.

(ix) La compensación de jornada extraordinaria con el otorgamiento de periodos equivalentes de descanso permite la creación de un banco de horas y genera ventajas para ambas partes: empleador y trabajadores.

XII. PAUTAS PARA UNA EFICIENTE GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En virtud de las consideraciones expuestas, y con la finalidad de realizar una gestión eficiente del tiempo de trabajo, corresponde evaluar la implementación de las medidas que se propone a continuación:

(i) Establecer la jornada ordinaria de trabajo en atención a las específicas necesidades de servicios de la empresa;

(ii) Identificar a los trabajadores liberados de la obligación de observar la jornada máxima de trabajo y de registrar su asistencia y tiempo de trabajo;

(iii) Controlar de manera rigurosa el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo de manera efectiva;

(iv) Regular por escrito las distintas obligaciones de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo; y

(v) Compensar el trabajo ejecutado en jornada extraordinaria con el otorgamiento de periodos de descanso.

EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR

LUZ PACHECO ZERGA[1]

El Derecho Comparado ha desarrollado con cierta amplitud los límites del deber de obediencia del trabajador, pero en nuestro medio son aún escasos los pronunciamientos de la jurisprudencia y los estudios al respecto. Los veinticinco años de actividad de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social constituyen una ocasión propicia para reflexionar sobre los alcances del deber de obediencia, lo cual exige identificar el fundamento jurídico de esa obligación específica del trabajador y su relación con el deber de actuar de buena fe, los límites del poder de dirección exigido por el respeto a la dignidad del trabajador y a sus derechos fundamentales; el ámbito de deber de obediencia que puede extenderse a la conducta extra laboral, con particular referencia a los servidores públicos, los trabajadores de empresas de tendencia y los futbolistas profesionales.

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER DE OBEDIENCIA

Al celebrar un contrato de trabajo la obligación fundamental contraída por el trabajador es la de prestar sus servicios con diligencia y eficiencia, de

(1) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura (UDEP). Coordinadora del Programa de Formación Docente de la UDEP - campus Lima. Directora de Estudios de la Facultad de Derecho-campus Lima. email: luz.pacheco@udep.pe

acuerdo a los estándares promedio de rendimiento existentes en la empresa[2] y obedeciendo las órdenes del empleador[3].

Se puede calificar esta obligación como una prestación de hacer, que exige el despliegue de una actividad o *facere,* que está presente inclusive en las ocupaciones aparentemente inactivas, como es la de los vigilantes[4]. Constituye, además, una prestación realizada en forma continuada y subordinada, cuyo cumplimiento no es instantáneo sino permanente en el tiempo.

La prestación incluye servicios y obras. Las primeras hacen hincapié en las conductas, actividades o comportamientos laborales, mientras que las segundas, a los resultados o productos obtenidos por el trabajador. Sin embargo, en ambos casos subsiste la obligación de hacer –del modo determinado por el dador del empleo– y nunca un simple dar[5]. Este deber de obediencia es consecuencia directa de la subordinación asumida al celebrar el contrato de trabajo y que sirve de factor distintivo frente a las prestaciones civiles de servicios en las que el locador no está subordinado al comitente[6]. En estos contratos lo que interesa, principal pero no exclusivamente, es el resultado de la actividad y no el modo de realizar el servicio, lo cual no excluye el deber del locador de prestar sus servicios de acuerdo a las indicaciones del comitente, según lo pactado en el contrato[7].

En cambio, en la relación laboral, el empleador no solo debe remunerar el trabajo, sino que para conseguir la utilidad que persigue al contratar los servicios es necesario que los dirija, que goce de un poder de dirección, que incluye tanto el derecho de variar las órdenes (*ius variandi)* siempre con criterios de razonabilidad –e, inclusive, la misma prestación en los aspectos no esenciales–, como el de sancionar los incumplimientos contractuales del trabajador. Este poder debe ser utilizado según las reglas de la buena fe, que es el principio rector de todo tipo de contratos. Y que implica el *animus* del trabajador de estar a disposición del empleador para cumplir con el objeto del

(2) Así se deduce de las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, que están recogidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), art. 23.

(3) Esta obligación fluye del deber de trabajar subordinadamente del poder de dirección del empresario (LPCL, art. 9), así como de las causas justas de despido por bajo rendimiento, tipificadas en el art. 25, b) de la LPCL.

(4) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Tecnos, Madrid, 2005 p. 313.

(5) Ídem.

(6) El Código Civil regula cinco contratos de prestación de servicios nominados (art. 1756) y un número ilimitado de contratos innominados (art. 1757) del tipo "doy para que hagas y hago para que dé".

(7) Cfr. Código Civil, art. 1771 y ss.

contrato, lo cual no equivale a que el trabajo se encuentre continuamente ordenado sino, más bien, eventualmente interferido[8].

La subordinación –y con ella el deber de obediencia– ha sufrido una larga evolución a lo largo de la historia. Así, cuando el trabajo se realizaba en regímenes de esclavitud y servidumbre, la subordinación comprometía la persona física y la intimidad de quien prestaba los servicios. Los años siguientes a la Revolución Industrial –y hasta finales del siglo XIX– presentan un panorama de contratos de trabajo pactados hasta de por vida, con jornadas de más de catorce horas diarias, sin derecho a vacaciones, con órdenes que excedían el objeto del contrato, etc. El ámbito del poder de dirección se redujo a partir del siglo XX en la medida que se ha acentuado la libertad en el diseño y ejecución de las tareas y se ha protegido el derecho de renuncia del trabajador. Al punto que hoy en día el deber de obediencia se encuentra limitado, a "lo debido en razón del oficio". De allí que sea compatible con las libertades de concepción y ejecución en la realización del trabajo encomendado[9], pero en el marco de la buena fe laboral.

1. El deber de buena fe y el de obediencia

El contrato de trabajo, al igual que cualquier otro negocio jurídico, debe celebrarse y ejecutarse dentro de las reglas de la buena fe[10]. La buena fe no ha sido definida por el Código Civil ni por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina jurídica nos permite precisar algunos aspectos de este deber básico para ambas partes, que constituye el principio supremo y absoluto que domina todo el Derecho de las Obligaciones[11]. De hecho, el quebrantamiento de la buena fe laboral faculta al empleador a despedir justificadamente al trabajador[12].

La buena fe no se puede reglamentar a priori, ya que su contenido varía de acuerdo a los compromisos adquiridos al celebrar el contrato[13]. Y su cumplimiento solo se puede medir con base en las obligaciones asumidas y las circunstancias que acompañen a su ejecución.

(8) Cfr. PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo". En: *Revista de Derecho*, Nº 13, 2012.

(9) Un análisis más detallado de la subordinación puede encontrarse en PACHECO ZERGA. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo".

(10) LPCL, art. 25 a).

(11) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit., p. 321.

(12) LPCL, 25 a).

(13) Código Civil (CC), art. 1361.

El deber de buena fe exige un comportamiento basado en la veracidad y lealtad en el cumplimiento de las mutuas obligaciones que ligan a los contratantes. Se trata de una exigencia ético-jurídica que tiene consecuencias patrimoniales porque incumplimiento justifica el despido y, de ser el caso, la consiguiente responsabilidad civil o penal del trabajador(14). Por eso, la doctrina española afirma que el deber de buena fe protege el interés económico del empresario y del trabajador(15).

De acuerdo al tipo de trabajo prestado y a la posición del trabajador en la empresa, el ámbito de la buena fe se amplía. En el caso de los altos cargos, la persona del trabajador aparece como delegada de la personalidad del empleador y, en consecuencia, el deber de obediencia es mayor ya que es quien lo representa ante los demás trabajadores de la empresa.

Por otro lado, la mala fe o deslealtad es simple y llanamente la ausencia de la buena fe. La deslealtad o mala fe no admite grados; es, de por sí, grave. No depende de una cuantía económica, ni del número o "reiteración" de los actos presuntamente desleales. Por eso también es independiente del beneficio que reporte esa deslealtad o del ánimo de causar daño al empresario, salvo cuando se trate de brindar información falsa, en el que la ley exige este componente de dolo para que se configure la falta(16). En cambio, no es necesario el dolo para configurar una conducta como negligencia grave, cuando implique incumplir injustificadamente obligaciones graves, que contrarían el deber de buena fe y que justificarían el despido disciplinario(17).

Las exigencias concretas del deber de buena fe para el trabajador se deducen de una lectura a contrario sensu de las facultades del empleador consignadas en el art. 9 de la LPCL y de las causas justificadas de despido, tipificadas en el art. 25 de la misma norma, que en todos los supuestos configuran una desobediencia a las obligaciones que le corresponde asumir.

(14) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit., p. 322.
(15) Cfr. Ibídem, 321.
(16) LPCL, 25 d).
(17) Cfr. LPCL, 25 a).

II. DEBER DE OBEDIENCIA DEL TRABAJADOR Y RESPETO A LA DIGNIDAD

El deber de obediencia se origina, como ya hemos mencionado, en la posición de dependencia del trabajador que por el contrato de trabajo se incardina en el ámbito de organización y dirección del empleador. La subordinación implica que el primer deber del trabajador sea precisamente el de la obediencia[18]. La doctrina jurídica española se ha ocupado *in extenso* del contenido de este deber[19]. En esta ocasión nos limitaremos a estudiar las consecuencias que el respeto a la dignidad tiene para el poder de dirección del empresario y para el correspondiente deber de obediencia del trabajador.

La obediencia exigida al trabajador es la "obediencia justa", que –por serlo– tiene implícito el derecho al *ius resistentiae* frente a las órdenes manifiestamente ilícitas o dañosas. Este derecho si bien se ha consolidado con el transcurso del tiempo, se encuentra claramente expuesto en la doctrina científica del Derecho Comparado, según la cual se eximía "*del cumplimiento al trabajador que recibía órdenes de contenido ilícito penal o de contenido ilícito civil manifiesto y grave, o gravemente inmorales o gravemente dañosas o notoriamente infundadas desde el punto de vista técnico o ajenas a la obligación del trabajador*".

Lo anteriormente expuesto se entiende también desde que el poder de dirección del empleador no ha sido nunca reconocido como arbitrario ni omnímodo[20]. A la vez, el *ius resistentiae* solo procede en casos excepcionales: cuando la orden es manifiestamente irregular[21]. Sería inviable una organización en la que todas las órdenes pudieran ser cuestionadas por los subordinados. De allí que sea solo en casos extremos que se justifique la desobe-

(18) El Estatuto de los Trabajadores de España (ET) en su art. 5 a) y c) establece expresamente este deber. La doctrina académica se inclina en este sentido. Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit., p. 325. Este autor cita a F. R. Bati, que escribió: "The first duty of the servant is to obey orders wich the master is justified in giving under the terms of agreemen".

(19) Un compendio de los estudios académicos y la doctrina jurisprudencial sobre esta materia se encuentra en AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Aranzadi, Pamplona, 1997 pp. 123-182. AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. "Desobediencia". En: *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*. Ed. Antonio V. Sempere Navarro (Director) / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación) (Madrid: Thomson Aranzadi & Civitas / Universidad Complutense de Madrid / Universidad Rey Juan Carlos 2009), pp. 533-535.

(20) Cfr. Ídem.

(21) Sobre la evolución jurisprudencial en torno al principio "obedece y luego reclama" ver AGUILERA IZQUIERDO. *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia.* Ob. cit, pp. 128-141. Un estudio actualizado de esta cuestión realizado por la misma autora se encuentra en AGUILERA IZQUIERDO. "Desobediencia". Ob. cit., pp. 533-535.

diencia y, por contraste, se presuma la legitimidad de las órdenes patronales[22]. Esta presunción no es de iure o absoluta, sino, más bien, *iuris tantum* porque al trabajador no se le considera *"poco menos que como un menor al que se niega capacidad de valoración"*. Sin embargo, tanto razones de eficacia organizativa como de prueba judicial aconsejan que si no se trata de una orden patentemente irregular, el trabajador debe obedecerla, *"sin perjuicio de impugnarlas si las cree lesivas o abusivas"*; otra cosa sería convertir al trabajador en "*definidor de sus obligaciones*". Uno de los supuestos extraordinarios que justifican la desobediencia es precisamente cuando la orden recibida implique un atentado a la dignidad del trabajador, a sus derechos constitucionales, a su salud o a su seguridad física. Se admite, por tanto, cuando se trata de "órdenes de manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho, contrarias a la buena fe, a la dignidad de los trabajadores o a la seguridad en el trabajo"[23]. Lo cual, no anula, sino refuerza, el deber básico de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario que constituyan un ejercicio regular de sus facultades directivas.

La desobediencia se configura en falta grave que justifica el despido cuando, ante las órdenes lícitas, el trabajador se opone o muestra resistencia a ellas en forma decidida y persistente o con reiteración. No es necesaria una conducta contraria: basta la simple resistencia, tal como señala el art. 25, inc. a) de la LPCL. En cualquier caso, las órdenes e instrucciones deben referirse al trabajo convenido (Cfr. LPCL, arts. 4 y 9), es decir, a la prestación laboral pero, excepcionalmente, es posible que esas órdenes se extiendan a la conducta privada del trabajador, como analizaremos más adelante[24].

III. DEBER DE OBEDIENCIA EN LA CONDUCTA LABORAL EN EL DERECHO COMPARADO

Las órdenes del empleador han de ser obedecidas por el trabajador, salvo que constituyan un atentado a su dignidad, a los derechos constitucionales, a su salud o seguridad física o, finalmente, sean abiertamente antijurídicas. Ante este tipo de órdenes el trabajador puede amparar su negativa a obedecer

(22) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El poder de dirección del empresario", p. 588. En idéntico sentido se pronuncia ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 20 edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 372.

(23) MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El poder de dirección del empresario". Ob. cit. p. 589.

(24) Es el caso de los funcionarios públicos, de los trabajadores de empresas con ideario o de tendencia, cuyo estudio excede las posibilidades de este artículo.

en la falta de razonabilidad o ilegalidad que tendrían esas órdenes[25] y en el derecho a que se respete su dignidad en la relación laboral[26], que equivale a respetar sus derechos constitucionales y legales.

La doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español (equivalente a la Sala Laboral de nuestra Corte Suprema) es abundante en las referencias a la protección a la dignidad humana, aun cuando la mayor parte de las sentencias descalifique las desobediencias por considerar que no afectan a la dignidad[27]. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TCE), aun cuando en ocasiones se pronuncie sobre cuestiones que competen a la legalidad ordinaria, ha fortalecido el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral y, en consecuencia, el ámbito del *ius resistentiae*, limitando, paralelamente, el poder de dirección del empresario. Se ha afirmado que la interiorización en la empresa y en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales, en su *versión laboral,* implica para el empresario asumir obligaciones o deberes positivos relativos a las *nuevas posiciones contractuales del trabajador*, vinculadas al respeto debido a su dignidad, que *enriquecen y completan* "*el vínculo contractual, 'que añadiría al trabajador el disfrute de nuevos derechos amparados constitucionalmente, cuya significación y ejercicio solo se actualiza en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo'*" .

Sin embargo, aunque es evidente que el respeto a los derechos constitucionales *"es un componente esencial del orden público y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportuna"*. Más aún, no solo no tienen la virtualidad de imponer por sí mismas modificaciones a las relaciones jurídico-laborales, sino que tampoco añaden *"contenido determinado alguno"* . Por tanto, más que hablar del *"disfrute de nuevos derecho"*[28], sería procedente referirse a un *reconocimiento del ejer-*

(25) Cfr. LPCL, art. 9.

(26) Constitución del Perú (CP), art. 23.

(27) No ha sido posible encontrar alguna sentencia del Tribunal Supremo (TS) español (1979-2005) que justifique la desobediencia por menoscabo a la dignidad, fuera de los casos de acoso sexual, movilidad funcional y cambio sustancial de condiciones de trabajo. En cambio, se justifica la desobediencia por órdenes que atenten contra la seguridad física, ver sentencias de 5 julio 1983 (RJ 1983, 3719) y de 19 octubre 1983 (RJ 1983, 5103). Corrobora esta afirmación el detallado estudio jurisprudencial realizado por AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Ob. cit. pp. 156-162.

(28) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo", pp. 217.

cicio de los derechos constitucionales y laborales del trabajador, que han de ser delimitados según el principio de la buena fe, es decir, dentro de los límites de los compromisos adquiridos al celebrar el contrato de trabajo.

Un referente obligado sobre el alcance del deber de obediencia es una sentencia del TCE, que resolvió el amparo de un deshuesador de jamón que se negó a ser fotografiado mientras realizaba su trabajo en un recinto ferial, porque afectaba su derecho a la intimidad y propia imagen[29]. Esta referencia al Derecho Comparado se justifica por la semejanza de nuestros ordenamientos y porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano tiene muchos puntos en común con su homólogo español. Al resolver el recurso de amparo, el TC realizó una ponderación en la que tuvo en cuenta, por un lado, que el empresario no probó que fuera indispensable que fuera precisamente *ese* trabajador el que realizara la labor en el recinto ferial y, por lo tanto, pudiera ser fotografiado al realizar el trabajo. También resaltó que el *"derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 de la Constitución española (CE) junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)[30], salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de tercero"*. Asimismo, que existen trabajos en los que se renuncia en parte a esa propia imagen, dentro de los límites que permite el Ordenamiento, es decir, sin perjuicio de la dignidad ni de la intimidad[31], lo cual no había realizado este trabajador. Por eso, en su contrato de trabajo no tenía *"asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que estas fueran componentes imprescindibles –o aun*

(29) El trabajador alegó, en el recurso de amparo, que *"no incumplió sus deberes laborales, en tanto que su profesión (oficial de 2.ª, deshuesador de jamones) no era de notoriedad ni de proyección públicas, ni el hecho de la captación de imágenes era parte de la profesión o actividad propias del mismo (…) ni tampoco de la actividad de la empresa". Precisó que "no existe, en este caso, uso local, costumbre, ley o norma convencional que prescriba que los trabajadores del sector cárnico deben ser fotografiados al realizar su trabajo, ni el trabajo requiere contacto con el público o con los clientes"*. Y, finalmente que su cometido laboral *"era deshuesar y cortar jamones y no desde luego ser fotografiado mientras lo hacía, siendo a esto último a lo que se negó el trabajador, pero nunca a desarrollar sus tareas. Finalmente, afirmó que el hecho de ser fotografiado mientras ejecuta sus prestaciones no era consecuencia de la buena fe que debe presidir la ejecución de las obligaciones, de conformidad al art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores. La buena fe podría obligar al trabajador, en su caso, a desplazarse al acto público de presentación de los productos; pero tampoco a ello se negó el trabajador, sino solo a que se le hiciesen fotografías"*. Cfr. STC 99/1994 (RTC 1994, 99).

(30) Estos derechos se reproducen en el art. 2.7 de nuestra Constitución.

(31) *"Existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de estas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de esta"*. STC 99/1994 (RTC 1994, 99).

habituales– de las funciones que debía desarrolla". El TCE concluyó que el solo interés empresarial, aun cuando la orden fuera legítima prima facie, no justificaba la obediencia a la orden recibida(32). Para ello tendría que haberse demostrado que la conducta previa del trabajador o las circunstancias en las que estaba inmerso, hubiesen justificado *"el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel"*.

La doctrina científica hizo notar la peligrosidad de este argumento(33), porque si la dignidad personal, concretada en este caso en el derecho al honor y a la propia imagen, puede ser arrebatada a una persona, contra su voluntad, cuando se considere que un interés ajeno puede ser más importante, entonces se quiebra el principio de inviolabilidad de la dignidad humana. Si a criterio del TCE entre las razones para conceder el amparo se encontraba la de que el empresario no probó la necesidad ineludible de contar con *ese trabajador* para realizar esa tarea, ¿qué hubiera ocurrido si hubiese probado que precisamente *ese trabajador* era el único que reunía las condiciones profesionales suficientes para ser fotografiado durante su labor para conseguir los objetivos empresariales, aun cuando no hubiese pactado esa función en su contrato de trabajo? ¿Qué papel jugarían entonces la dignidad y la intimidad? De aceptarse esta tesis, la inviolabilidad de la dignidad y de los derechos inherentes sería una simple fórmula retórica.

Por eso, consideramos que no sería lícita esta restricción planteada por el TCE, ya que lo que corresponde por derecho no puede ser desconocido por nadie: ni por el empresario ni por ningún tribunal. Parece más oportuno plantear el análisis desde el contenido real y efectivo de la dignidad y de los derechos en juego, que permite *delimitar* en lugar de *restringir* los derechos. En este caso, aun cuando el TCE haya realizado una ponderación para solucionar el conflicto, el fundamento con base en el cual dirimió la controversia fue que el contrato de trabajo del deshuesador no incluía ceder espacios de su intimidad ni de su imagen ante el público, pero por no tratarse de una orden

(32) "La posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador –y no otro, o de otra manera– cumpliese la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta". De allí que no fuera suficiente que la orden fuese, "prima facie, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea , verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial" STC 99/1994 (RTC 1994, 99).

(33) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Sentencia 99/1994, de 11 de abril. Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen". En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea / Alfredo Montoya Melgar. Civitas, Madrid, 1994, p. 245.

que en sí misma vulnerase la dignidad ni la intimidad, la orden solo hubiese sido razonable si se demostraba que no había otro trabajador preparado para realizar la labor que se negó a realizar en público.

Para administrar justicia es indispensable encontrar la verdad material, porque solo así se podrá determinar lo que por derecho se encuentra atribuido a cada una de las partes. Por el contrario, decidir con base en jerarquías en las que se "restringe" derechos por la fuerza de otros equivale a convertir al derecho en un sistema no de razón sino de fuerza para resolver un conflicto. Y el derecho, es ante todo, un sistema de paz[34]. Por eso se requiere armonizar los intereses y derechos, para delimitar adecuadamente qué conductas son conformes a esos derechos y cuáles no. En todo caso, esta sentencia no ha sido admitida pacíficamente por la doctrina académica. Hasta la fecha hay quienes consideran ilegítima la desobediencia amparada por el TCE[35], mientras otros la justifican plenamente[36] o simplemente la admiten[37].

Existen otras dos sentencias especialmente importantes para delimitar el alcance del deber de obediencia, cuyo contenido es también aplicable a nuestra realidad jurídica. Una es del Tribunal Central de Trabajo español (TCT) y la otra del Tribunal Supremo (TS) de ese mismo país: ambas evidencian la unidad de criterio que en esta materia ha mantenido la jurisdicción social española.

La primera de ellas resolvió la demanda de despido de un trabajador de una tienda de flores que entregaba los pedidos a los clientes en sus domicilios y se negó a obedecer la orden de mejorar su aspecto y su limpieza personal, por considerar que violaba la esfera de su intimidad personal y su dignidad. El TCT juzgó que la exigencia del empresario no quebrantaba sus derechos y que era una orden legítima exigirle que *"presente el aspecto imprescindible para no contrariar la sensibilidad de los clientes en un negocio de tan peculiares características, ya que una cosa es la propia forma de vestir y de ser y otra muy distinta el cuidar el aspecto exterior y la limpieza exigibles en quien ha de*

(34) Sobre las deficiencias del sistema de ponderación planteado por Alexys, ver las críticas realizadas por el autor y otros académicos en CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad". En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Ed. Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores). Palestra del Tribunal Constitucional & Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 297-319.

(35) MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Sentencia 99/1994, de 11 de abril. Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen". Ob. cit. pp. 241-245.

(36) Cfr., por todos, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 240-241.

(37) Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La modificación de las condiciones de trabajo. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 28. FABREGAT MONFORT, Gemma. *La movilidad funcional por razones objetivas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 66.

trabajar y convivir con otras personas y más aún en una esfera como aquella a la que anteriormente se ha aludido, y de cuya inobservancia pueden indudablemente seguirse perjuicios para el empleador que, por tal causa, vea una patente perspectiva de disminución de su clientela".

La orden empresarial justificada por el TCT se encuadra dentro de las que Alonso Olea tipifica entre la orden "privada" y la propiamente "de servicios". Se trata de una exigencia legítima porque responde a "deberes de decencia o decoro en la conducta y la "*'apariencia personal externa' (incluida la propia imagen, en lo descubierto y en lo vestido, Ortiz Lallana), gestos y lenguaje, cambiantes según el tiempo, lugar y tipo de trabajo, órdenes legítimas si a estos adaptada, cuyo cumplimiento es exigible mucho más, pero no solo, si se trata de conductas que obstaculicen o impidan el cumplimiento de la prestación"* .

La otra sentencia que contiene importantes criterios en materia de obediencia es la que se pronunció sobre la resistencia reiterada de un barman del restaurante de un hotel a afeitarse la barba, pese a haber sido conminado, incluso por escrito, a rasurarse. Esta negativa del trabajador resulta sorprendente, pues venía observando desde hacía once años la costumbre del sector hotelero que obligaba a quienes tuvieran contacto directo con el público, a permanecer afeitados sin barba ni bigote(38). Además, el trabajador se había obligado expresamente, en su contrato de trabajo, a someterse a las normas de la empleadora sobre aseos, presentación, etc.(39). El trabajador recurrió la sen-

(38) Se probó en el juicio que el trabajador *"contrariamente a lo que argumenta en su recurso, no se limitó a desatender, sin justificación, y de manera reiterada, los mandatos de sus empresarios de que no acudiera sin afeitar a su puesto de trabajo, dada su condición de camarero del Restaurante del Hotel, con categoría de Jefe de rango, que le obligaba a extremar la pulcritud en todos los aspectos de su labor profesional, sino que también fue culpable de otras irregularidades merecedoras de aquella misma calificación que, con matices más precisos y con expresa declaración de hechos probados que no fueron objeto de la debida impugnación por el trabajador, se describen por el Magistrado de Trabajo, entre los que son de destacar (...): '4.º) Que los días 28 y 29 julio fue sancionado el actor por falta de asistencia al trabajo, por negligencia en el servicio y por falta de respeto y obediencia al Jefe del Comedor, 5.º) Que el 18 agosto fue sancionado con cinco días de suspensión de empleo y sueldo por falta de puntualidad y asistencia y por falta de aseo al presentarse en el trabajo sin afeitar, 6.º) Que al presentarse en el trabajo después de cumplir la anterior sanción volvió a presentarse en el trabajo sin afeitar, por lo que la empresa por escrito le comunicó que no pasara al comedor, que permaneciera en cualquiera otra dependencia, no obstante lo cual permaneció en el bufete que hay en el comedor', todos cuyos hechos evidencian una contumaz actitud de rebeldía del productor que cuadra con la causa de despido aplicada al mismo y avala la bondad de la resolución que, en vía jurisdiccional, desestimó su demanda sobre improcedencia del despido"* STS de 12 febrero 1986 (RJ 1986\749).

(39) Afirma el TS que si el trabajador hubiera deseado en verdad *"la subsistencia de la relación laboral; puesto que bien pudo, en su momento, cuestionar la legitimidad de la orden recibida, acatándola o no en principio; o impugnar cada una de las dos sanciones de suspensión de empleo y sueldo que por desobedecerla, le fueron impuestas. Lejos de ello, en claro enfrentamiento, no en vía judicial, con la empleadora, mantuvo su persistente postura; y así su desobediencia adquirió notorios caracteres de gravedad y culpabilidad, que hacen plenamente correcta la aplicación al caso del artículo 54*

tencia del TS en amparo por considerar que la orden empresarial de rasurarse la barba violentaba su derecho a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 de la CE). La argumentación del TCE para denegar el amparo coincide con el TS en que el trabajador había condicionado la forma de presentar su imagen personal al celebrar el contrato de trabajo. Por tanto, esta había trascendido *"la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales en que desarrolla su actividad"* en la cual había adquirido unas obligaciones, por lo que debía *"conducirse de modo congruente con los deberes asumidos"*. Lo fundamental para el TCE fue la cesión de la intimidad que había realizado el trabajador en el contrato de trabajo respecto al modo de presentarse a laborar, por eso acertadamente afirma que aunque "la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen" a la vista del condicionamiento adquirido sobre ella al celebrar el contrato de trabajo, la orden debió ser obedecida".

Queda en evidencia que en la medida en que el trabajador asume determinadas obligaciones en el contrato de trabajo, *"no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE) o de intimidad de esta"*. Sin embargo, insistimos en que no se trata de restringir el derecho sino de determinar sus verdaderos límites, para descubrir qué actos se presentan como ejercicio del derecho pero constituyen, en realidad, un abuso de este.

IV. DEBER DE OBEDIENCIA EN LA CONDUCTA LABORAL EN EL DERECHO NACIONAL

Teniendo en cuenta que los incumplimientos previstos en el art. 25 de la LPCL constituyen desobediencias ilegítimas, resulta ilustrativo cuándo una desobediencia puede tener amparo jurídico, para lo cual es útil analizar la sentencia recaída en el Exp. 0895-2001-AA/TC Lambayeque. El Tribunal Constitucional peruano (TC) resolvió la acción de amparo presentada por el médico Lucio Valentín Rosado Adanaqué contra el Seguro Social de Salud - EsSalud, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo. El recurrente solicitó que no le obligasen a trabajar los sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado

números 1 y 2.b) del Estatuto de los Trabajadores" STS de 12 febrero 1986 (RJ 1986\749).

por motivo de religión[40], ya que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos obliga a la observancia del día sábado como día dedicado al culto, por ser "el Día del Señor o Día de Reposo Cristiano" que le impedía, en conciencia, trabajar.

Se debe advertir que el hospital había respetado el descanso sabático del médico desde el inicio de la relación laboral hasta que, por un cambio en la Dirección del centro hospitalario, decidieron cambiar su política en la asignación de los turnos de trabajo. El TC amparó la demanda y elaboró una doctrina sólida sobre la libertad de conciencia y religión, así como sobre la objeción de conciencia.

En esa oportunidad el Tribunal Constitucional peruano (TC) declaró que no cabía la excepción de sustracción de la materia en el caso de que el médico hubiese obedecido a la orden empresarial durante el tiempo que duró el proceso porque, precisamente, la efectiva vulneración de sus derechos justificaba plenamente el recurso a la acción de amparo.

Recordemos que la objeción de conciencia es un conflicto interior, subjetivamente insoluble, que enfrenta una persona cuando determinadas circunstancias le imponen una obligación cuyo cumplimiento está reñido con los dictados de la conciencia o de la religión que profesa. Estas obligaciones provienen de un precepto externo que le ordena hacer algo, pero la ley interior –que le da a conocer su conciencia– le ordena abstenerse de esa acción[41].

Como bien destaca la sentencia bajo comentario, "de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. Resalta el Tribunal que sería una *"paradoja perversa permitir el desarrollo de convicciones para luego traicionarlas o reprimirlas, con la consecuente afectación de la psiquis del individuo y, por ende, de su dignidad"*. Actuar en conciencia forma ciudadanos veraces, confiables, que no solo permiten una convivencia civil pacífica si no, también, el desarrollo social. En cambio, actuar en contra de ella impide actuar con veracidad y lleva a minar las relaciones sociales.

El TC dejó claramente establecido que el derecho a la objeción de conciencia no garantiza ipso facto la abstención del cumplimiento de un deber: su licitud debe ser declarada expresamente por un juez, previa comprobación

(40) Acción de amparo interpuesta el 31 de enero de 2001.

(41) Sobre esta cuestión, remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. "La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional". En: *Análisis Laboral*, Nº 316, 2003, pp. 6-8.

fehaciente de la causa alegada. No se ha blindado el *ius resistentiae* sino, más bien se ha condicionado a criterios de veracidad y objetividad, pues cuando el empleador no reconozca la desobediencia como legítima será el juez quien decidirá si fue legítimo o no el ejercicio de ese derecho fundamental.

En el caso de autos, la demandada no probó que pudiera justificarse exigir al trabajador modular su derecho en aras de un bien superior. En otras palabras: la atención de la salud de los pacientes que acuden al Hospital Almanzor se encontraba suficientemente atendida los días sábados, sin necesidad de contar con los servicios del demandante, pues el número de médicos que trabajan para esa entidad bastaba para atender los requerimientos de la población en ese día de la semana.

No obstante, para uno de los magistrados que emitió un voto en discordia(42), esta sentencia podía traer como consecuencia que los adventistas se negasen a trabajar en días sábados y los católicos, en domingo, con el consiguiente desmedro de la salud de la población. Sin embargo, este temor era –y es infundado– porque no todos tenemos por qué objetar las mismas prescripciones, ya que la conciencia no es idéntica para todos: cada persona es única e irrepetible(43). Habrá cristianos para quienes la objeción de conciencia ante la guerra tenga la misma validez que ante el aborto, por una interpretación personal de la ley moral o por su sensibilidad, aun cuando los supuestos sean distintos, porque mientras que la guerra es lícita cuando no queda otro recurso(44), el aborto es siempre privar de la vida a un ser inocente y desvalido, lo cual nunca es justificable.

Debemos recalcar que la objeción de conciencia es *personal* e *intransferible*, como lo es la conciencia que conmina a no realizar un acto que considera injusto. Por eso, aun cuando el domingo sea para los católicos lo que el sábado es para los adventistas, la Iglesia católica no prohíbe trabajar el domingo, pero sí exhorta a que *"cada cristiano evite imponer sin necesidad a otro lo que le impide guardar el día del Señor"*. Y añade que *"cuando las costumbres (deportes, restaurantes, etc.) y los compromisos sociales (servicios públicos) requieren de algunos un trabajo dominical, cada uno tiene la responsabilidad de*

(42) Cfr. Voto de la Dra. Delia Revoredo Marsano.

(43) *"A diferencia de posiciones fundamentalistas, la fe cristiana no considera la Palabra revelada como una voz del arcano que hay que seguir siempre a la letra sin posibilidad de diálogo con la razón humana (...), la conciencia cristiana se forma y va haciendo personal la norma moral: siguiendo la misma y única ley, cada uno descubre lo que a él le pide Dios en cada moment"*. MARTÍN DE AGAR, José T. "La Iglesia católica y la objeción de conciencia". En: *Simposio Internacional La objeción de conciencia en México y en el mundo*. Nº 10. Versión mecanográfica.

(44) Aunque siempre será una derrota para la humanidad, ya que la violencia no es un mecanismo adecuado para solucionar los conflictos sino, más bien, es el propio de los seres irracionales.

dedicar un tiempo suficiente al descanso. (…) A pesar de las presiones económicas los poderes públicos deben asegurar a los ciudadanos un tiempo destinado al descanso y al culto divino. Los patronos tienen una obligación análoga con respecto a sus empleados". Podemos apreciar que, en el caso de la Iglesia católica, aun cuando establece el deber de dedicar el domingo al descanso, a la vida familiar y a dar a Dios el culto debido, no impone un deber absoluto de abstenerse del trabajo porque no quiere imponer más cargas a los católicos que se encuentran obligados a laborar, por exigencias de sus empleadores. Y, a la vez, hace una invocación para cambiar este orden social y recuperar el sentido del descanso dominical.

En definitiva, el camino trazado por esta sentencia legitima la desobediencia ante órdenes que vulneran los derechos fundamentales de libertad de religión y de conciencia, a la vez que ha exigido el aval de una decisión judicial para justificar el *ius resistentiae*.

V. DEBER DE OBEDIENCIA EN LA CONDUCTA PRIVADA

El empresario no puede, en principio, dar órdenes que afecten la vida privada del trabajador. Por lo tanto, las costumbres, amistades, ideas, opiniones, credo religioso, etc. quedan fuera de la esfera directiva del empresario(45). Esta regla general se deduce del marco en que se debe ejecutar el contrato, que está delimitado por el pleno ejercicio de los derechos constitucionales y el respeto debido a la dignidad del trabajador. En otras palabras, se garantiza, como ya hemos mencionado, entre otros, el derecho a la intimidad y a la libertad ideológica, religiosa, de culto y de expresión(46).

Sin embargo, como ningún derecho es ilimitado sino que, más bien, está articulado con los demás derechos(47), en algunos casos se justifica que el empleador exija al trabajador una determinada conducta extra laboral para no dañar los legítimos intereses de la empresa y/o para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas(48). En estos casos, las indicaciones que afecten la vida privada del trabajador deben estar directamente relacionadas

(45) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p. 327.

(46) Constitución, arts. 1, 2, 3 y 23.

(47) Cfr. OLLERO, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 153.

(48) La libertad de empresa y el derecho de crear riqueza se recogen en el art. 59 de la Constitución.

con el trabajo convenido[49]. La razón se encuentra en que *"no pocas veces los trabajadores realizan en el disfrute de su vida extra laboral actos que inciden en los intereses no siempre patrimoniales de la empresa, comprometiendo la reputación y la imagen de que gozan las empresa entre los clientes"*. Como es evidente, en estos casos, corresponderá al empresario probar no solo que la advertencia u orden fue dada y desobedecida, que es lo que le incumbe en todos los casos, sino también que *"era pertinente y exigida por el trabajo"*.

Este tipo de advertencias tiene que estar en armonía con los derechos constitucionales y legales, porque *"la persona del trabajador solo queda implicada en la medida necesaria para la correcta realización del trabajo, por lo que la esfera de libertad de aquel debe ser preservada frente a cualquier limitación que afecte a su dignidad o que no resulte estrictamente justificada, en orden al cumplimiento de las finalidades contractuales, lo que lleva consigo al respeto a su intimidad (…); la prohibición de cualquier discriminación por sus convicciones o circunstancias personales (…), y el reconocimiento, (…), de su libertad de trabajo en otro empleo o de su iniciativa económica, siempre que no se vulnere la prohibición de concurrencia o el pacto de plena dedicación"*.

Por tanto, en aquellos trabajos en que la conducta privada del trabajador tiene especial repercusión para la confianza de los clientes de la empresa, es válido adquirir el compromiso de *"llevar una vida privada regular, ordenada e intachable"* así como facilitar a la Dirección y servicios de seguridad de la empresa, *"cualquier información sobre aquella que por su índole ofreciera a la empresa el peligro de afectar su buena imagen y a la confianza de la clientela"*. Esta obligación es esencial, por ejemplo, para los *croupier* de casinos, por *"la delicadeza y circunstancias especiales que rodean la actividad del juego"*.

Como regla general puede afirmarse que no existe un deber genérico de obediencia en aspectos de la vida privada, aun cuando se incluya en un Código de Conducta impuesto por el empresario[50]. Como bien ha señalado

(49) LPCL, art. 9. "No puede presumirse que estén fundadas en el contrato órdenes generales o concretas sobre la conducta privada del trabajador, o que le impongan o prohíban actos sin relación con el trabajo, aunque excepcionalmente sí pueden estarlo". ALONSO OLEA. *Derecho del Trabajo.* p. 415.

(50) Ejemplo de esta intromisión en la vida privada sería la de exigir a los altos cargos que comuniquen "las relaciones familiares que mantenga o que contraiga con personas que vayan a pertenecer a la plantilla del grupo" que consulte "previamente al banco la aceptación de cualquier ofrecimiento de cargo, designación o nombramiento ajenos al grup". Recoge este ejemplo, considerándolo una posible lesión al derecho a la intimidad, GIL Y GIL, José Luis. "La esfera de intangibilidad del

la doctrina, *"frente a cierta corriente doctrinal 'panlaboralista', que postula la obligación del trabajador de actuar en su vida privada de tal manera que su fuerza y capacidad de trabajo no sufra riesgo de merma alguna, hay que reaccionar enérgicamente, trazando una frontera todo lo terminante que sea posible entre esfera de trabajo y esfera privada (o más bien extralaboral) en la vida del trabajador; otra cosa sería reducir el ser humano a puro agente productivo, sometiendo su vida entera, directa o indirectamente, al poder directivo de su patrono"*(51).

Mención aparte merece el caso de los servidores públicos, de los trabajadores de empresas de tendencia y los futbolistas profesionales.

1. Los servidores públicos

Esta exigencia de integridad y probidad persona se aplica con mayor exigencia a los servidores públicos que, de acuerdo al Código de Ética de la Función Pública, comprende a "todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado". A efectos de estar sometido a las reglas del Código, no son relevantes ni el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto el trabajador(52). Y no podrá el servidor alegar el desconocimiento de las exigencias éticas anejas a su contrato porque *"el ingreso a la función pública implica tomar conocimiento del presente Código y asumir el compromiso de su debido cumplimiento"* .

Uno de los ocho principios de la función pública incluye el deber de obediencia y lealtad, que exige al funcionario actuar *"con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución"*(53).

---

trabajador". En: *Tribuna Social*, Nº 47, 1994, p. 28.

(51) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Dirección y control de la actividad laboral*. Vol. V, p. 136. En términos similares el TCE ha declarado que el principio de buena fe no supone la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al empleador. Cfr. STC 120/1983 (RTC 1983, 120).

(52) Cfr. Ley Nº 27815, art. 4.2.

(53) Ley Nº 27815, art. 6.

Junto con esta obligación genérica de obediencia en el ámbito laboral, el artículo octavo del mismo Código señala otros deberes relacionados con la vida privada –se entiende que con manifestaciones públicas– que establecen las siguientes prohibiciones:

a) Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo.

b) Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.

c) Realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.

d) Participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.

Las trasgresiones a estas obligaciones justifican la aplicación de sanciones según la normativa administrativa aplicable y no excusa de las responsabilidades civiles, administrativas o penales que pudieran haberse originado.

2. Las empresas de tendencia

Se denominan "empresas de tendencia"[54] a las que se distinguen por tener un determinado ideario[55] o ideología, que el trabajador ha de conocer y aceptar al celebrar el contrato de trabajo. En consecuencia, se compromete a respetarlo y aplicarlo tanto en su desempeño profesional como en su vida privada, en la medida en que esta repercuta en aquella[56]. Ejemplo de este tipo

(54) ALONSO OLEA. Ob. cit., p. 374.

(55) Sobre el contenido y los límites del ideario, ver el estudio ya citado de CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Libertad de expresión y sistema educativo".

(56) Desde una perspectiva distinta y arribando a algunas conclusiones que no comparto, realiza un estudio documentado de esta cuestión, GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Civitas, Madrid, 1988, p. 282.

de empresarios son los partidos políticos, las instituciones religiosas, los centros educativos o empresas periodísticas con ideario, los sindicatos, etc. La jurisprudencia del TCE se ha ocupado de este tipo de empresas en varias oportunidades y ha declarado que *"no existe una delimitación a priori de este tipo de empresa"*.

Los trabajadores de estas empresas no pueden actuar lícitamente –siempre y cuando se trate de actos con trascendencia externa– en contra de la ideología de sus empleadores, ya sea en el desempeño de las funciones asignadas o en su vida extra laboral(57). Infringiría este deber, por ejemplo, el profesor de un centro católico que adoctrinase a sus alumnos en otra fe religiosa(58) o cuya vida personal no fuera coherente con la fe –y consiguiente moral– que afirma profesar. En el caso de los centros educativos con ideario, las actividades extra profesionales del profesor pueden motivar su despido cuando *"la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades e incluso su intencionalidad pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor (…) que le está encomendada"*.

Este deber de obediencia de los trabajadores docentes en un centro con ideario es extensivo a quienes laboran en las demás instituciones de tendencia, siempre que el empleador sea una institución con ideario y que se trate de trabajadores "no neutrales", es decir, que la prestación laboral pactada tenga la suficiente carga axiológica para favorecer o perjudicar la vigencia del ideario(59). El TCE considera que la función del trabajador "meramente técnico" equivale a "meramente neutral respecto de la ideología de la empresa"; en consecuencia, no es trasladable la doctrina antes expuesta a estos casos, ya que, a juicio de ese Tribunal, no habría modo de relacionar la actividad del trabajador con el contenido del ideario(60). Siendo válida esta afirmación exige ser matizada de acuerdo a las concretas circunstancias.

En primer lugar, hay que precisar que todos los trabajadores de una empresa de tendencia están vinculados al ideario y, en consecuencia, han de respetarlo, por aplicación del principio de buena fe, lo cual es perfectamente compatible con el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales. En segundo lugar, se debe reconocer que el contenido de este deber varía según sea la

(57) Cfr. MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo. Ob. cit., #27-328 ALONSO OLEA, Ob. cit., p. 415.

(58) STC 5/1981 (RTC 1981, 5).

(59) Cfr. STC 106/1999 (RTC 1999,106). En el mismo sentido opina TOYAMA MIYAGUSUKU, *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*.

(60) STC 106/1999 (RTC 1999,106).

prestación pactada con cada trabajador. Por tanto, no puede afirmarse como criterio general que un trabajador que realice un trabajo de tipo "neutro", esté exento de vinculación del ideario o que su conducta en ningún caso afectará a la actividad de la empresa de tendencia. Lo fundamental es determinar si la conducta en cuestión vulnera o no el contenido del ideario. En conclusión, la calificación de neutral, si bien puede aplicarse a todos los trabajos de tipo técnico o similar, no siempre podrá ser aplicada a la conducta de quien realice esa labor, y deberá enjuiciarse cada caso, teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe laboral(61).

3. Los deportistas profesionales

Finalmente, haremos una breve referencia al deber de obediencia de los deportistas profesionales, cuya relación laboral de carácter especial está regulada por la Ley Nº 26566. La relación jurídica que se establece comporta una dependencia mayor que la que se asume en otras relaciones de trabajo(62). El dato más relevante se encuentra en la mayor restricción en la conducta extra laboral. En el art. 6 de esa norma se establece el deber de guardar en la vida privada *"un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional"*(63). En consecuencia, las irregularidades en la vida privada, cuando dan lugar a disminuciones sensibles en el rendimiento deportivo –acreditadas convenientemente–, constituyen causa justa de despido, en concordancia con lo establecido en el art. 1 de esa norma y en el 25 a) de la LPCL.

La prestación del deportista ha de corresponderse con sus condiciones físicas y técnicas y por eso debe mantener una *"meticulosa preparación general –física y mental– siguiendo las directrices técnicas, que procedan del empleador o de las personas que a este representen, llevando incluso a un fidedigno y meticuloso plan alimenticio y de control ordenado de su vida privada para conservar las facultades físicas, asumir el régimen de concentraciones previas a los encuentros deportivos, reconocimientos médicos permanentes para vigilar el estado de salud, presencias en determinadas horas y lugares específicos"*.

(61) Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, "Libertad de expresión y sistema educativo".

(62) Tiene una regulación similar el ordenamiento español, donde se califica en este sentido la dependencia de los deportistas profesionales, Cfr. a De la Villa Gil citado por DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad.* Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, p. 361.

(63) Inc. e).

En estos casos, no se trata de conductas contrarias a una axiología determinada, –que es el supuesto de desobediencia en las empresas de tendencia–, sino de la exigencia de un rendimiento productivo mínimo en el trabajo, que por sus características se encuentra íntimamente relacionado con el ritmo de vida y las actividades que se realicen fuera de las horas de la prestación laboral. Asumir estas obligaciones o compromisos de vida personal no es contrario a la dignidad ni a los derechos fundamentales y, por eso, es amparado por el ordenamiento y son sancionados por los tribunales en caso de incumplimiento(64).

VI. CONCLUSIONES

El deber básico del trabajador es cumplir las órdenes que reciba del empleador para la ejecución de su labor, como consecuencia de su posición de subordinación o dependencia en el contrato de trabajo.

El deber de obediencia –que es otro modo de definir la subordinación del trabajador– se encuentra limitado, a *"lo debido en razón del oficio"* es compatible con las libertades de concepción y ejecución en la realización del trabajo encomendado.

El deber de obediencia se evalúa dentro de las reglas de la buena fe en el cumplimiento de las órdenes recibidas.

La obediencia exigida al trabajador es la *"obediencia justa"* que –por serlo–, tiene implícito el derecho al *ius resistentiae* frente a las órdenes manifiestamente ilícitas o dañosas.

Las causales de despido tipificadas en el art. 25 de la LPCL son supuestos de desobediencia a las obligaciones que, de acuerdo a las reglas de la buena fe, le correspondía asumir.

La desobediencia se configura en falta grave que justifica el despido cuando, ante órdenes lícitas, el trabajador se opone o se resiste a ellas en forma decidida y persistente o con reiteración.

(64) CORDERO SAAVEDRA, Luciano. *El deportista profesional: aspectos laborales y fiscales*. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 47.

Es legítima la desobediencia cuando la orden empresarial vulnera la libertad de religión o de conciencia del trabajador, pero en caso de discrepancia será el juez quien califique el *ius resitentiae* como legítimo o no.

El empresario no puede, en principio, dar órdenes que afecten la vida privada del trabajador, pero en algunos casos se justifica que exija al trabajador una determinada conducta extra laboral para no dañar los legítimos intereses de la empresa y/o para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Esta extensión del deber de obediencia a la conducta extra laboral es particularmente importante en el caso de los servidores públicos, de los trabajadores de empresas de tendencia y de los futbolistas profesionales.

En cualquier caso, el deber de obediencia del trabajador sea en el ámbito estrictamente laboral o en el de los actos de su vida privada directamente relacionados con los servicios pactados, exigen un comportamiento basado en la veracidad, probidad, es decir, de acuerdo al deber de actuar de buena fe.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel

- "Desobediencia". En: *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"* editada por Antonio V. Sempere Navarro (Director) / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación), Thomson Aranzadi & Civitas / Universidad Complutense de Madrid / Universidad Rey Juan Carlos, 2009, Madrid, pp. 533-535.
- *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

ALONSO OLEA, Manuel

Introducción al Derecho del Trabajo. 6ª edición, Civitas, Madridm, 2002.

- "Sentencia 170/1987, de 30 de octubre. Sobre la costumbre como fuente del Derecho. Sobre la apariencia física personal como derecho a la propia imagen y su limitación por contrat". En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Vol. V: 321-328, Civitas, Madrid, 1987.

ALONSO OLEA, Manuel/CASAS BAAMONDE, Mª Emilia

- *Derecho del Trabajo*. 20 edición, Civitas, Madrid, 2002.
- *Derecho del Trabajo*. 23a rev. ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel

- *La modificación de las condiciones de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis

- "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad". En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, editada por Miguel Carbonell y Pedro Grández (Coordinadores), Palestra del Tribunal Constitucional & Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 297-319.
- "Libertad de expresión y sistema educativo". Tesis Doctoral *pro manuscripto*, Universidad de A. Coruña, 2003.

CORDERO SAAVEDRA, Luciano

- *El deportista profesional: aspectos laborales y fiscales*. Lex Nova, Valladolid, 2001.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando

- *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

FABREGAT MONFORT, Gemma

- *La movilidad funcional por razones objetivas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GIL Y GIL, José Luis

- "La esfera de intangibilidad del trabajador". En: *Tribuna Social*. Nº 47, 1994, pp. 21-31.

MARTÍN DE AGAR, José T.

- "La Iglesia católica y la objeción de conciencia". En: *Simposio Internacional "La objeción de conciencia en México y en el mundo*, no. Versión mecanográfica, pp. 1-24.

MONTOYA MELGAR, Alfredo

- *Derecho del Trabajo*. 26 edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- "Dirección y control de la actividad labora". En: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, editada por Efrén Borrajo Dacruz (Dir.). Edersa, Madrid, 1985.
- "El poder de dirección del empresari". En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 100, 2000, pp. 575-596.
- "Sentencia 99/1994, de 11 de abril. Poder directivo del empresario y derecho del trabajador a la propia imagen". En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editada por Manuel Alonso Olea / Alfredo Montoya Melgar, t. XII, Civitas, Madrid, 1994, pp. 241-245.

OLLERO, Andrés

- *Derechos humanos y metodología jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PACHECO ZERGA, Luz

- "La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional". En: *Análisis Laboral*. Nº 316, 2003, pp. 6-8.
- "Los elementos esenciales del contrato de trabajo". En: *Revista de Derecho*. Nº 13, 2012, pp. 29-54.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos

- *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel

- "La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo". En: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, editada por Antonio V. Sempere Navarro (director) / Rodrigo Martín Jiménez (coordinador), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 207-228.

SARGADOY BENGOECHEA, Juan Antonio / GUERRERO OSTOLAZA, María

- *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Civitas, Madrid, 1991.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

- *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

PODER DE FISCALIZACIÓN Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: ALGUNOS FALLOS DE LA CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

ISABEL HERRERA GONZALES-PRATTO[1]

I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de información y comunicación están expandidas en los centros de trabajo para que los trabajadores les den uso profesional, por lo que su empleo para fines personales debería ser supuestamente modesto. Con frecuencia, sin embargo, el tiempo de conexión a Internet para fines privados llega a cifras bastante altas, como 20 % del horario (por ejemplo, tiempo para acceder a cuentas privadas, acceder a información, realizar operaciones personales, uso de la mensajería instantánea y hasta colgar fotos). Se afirma también que diversos empleadores empiezan a experimentar con el acceso abierto, con limitadas prohibiciones como visita a redes sociales y sitios de video por constatarse que un uso razonable del Internet aumenta la productividad y habida cuenta que para las nuevas generaciones los aparatos multifunción como iPhone y otros dispositivos inteligentes son prácticamente casi "parte de su cuerpo". Paralelamente, los empleadores cuentan con mayores recursos tecnológicos para hacer pesquisas de las

(1) Asociada SPDTSS. LLM The University of Warwick. Socia Estudio Isabel Herrera Abogados.

actividades y archivos del trabajador para investigar o controlar los quehaceres de los trabajadores durante las horas de la jornada, los cuales van perfeccionándose y sofisticándose con serio riesgo de producir atentados contra la vida privada del personal.

Este artículo realiza un acopio de algunos fallos de la Corte de Casación de Francia. Indagación que se justifica por cuanto advertimos que en ocasiones se cita como paradigma el caso Nikon del año 2001, no obstante que la jurisprudencia francesa registra alguna evolución en relación a la llamada *cybersurveillance du salarié* (vigilancia cibernética del trabajador), uno de cuyos aspectos abarca vigilancia de la mensajería electrónica, así como de los archivos, carpetas y otros incluidos en el ordenador del trabajador. Luego del recuento, haremos algunos comentarios sobre los fallos del Tribunal Constitucional peruano en relación a la misma materia.

II. INTERESES EN CONFLICTO

La presencia de espacios de vida privada durante la jornada de trabajo es la que verdaderamente garantiza al trabajador dignidad y libertad. "La vida privada está en el corazón de la libertad" afirma Herrero Tejeda, y aunque el hombre que labore de acuerdo con la ley no tenga nada que esconder, ningún hombre es un robot y las fábricas no pueden ser "de cristal"(2). El pudor, la discreción, la dignidad y la libertad del trabajador exigen la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto este haga de manera privada en su centro de trabajo.

Pero por su parte, el empleador desea que el trabajador aproveche de forma eficiente y productiva las horas por las cuales abona una remuneración, y asimismo, que los recursos que pone a su disposición sean correctamente empleados. Este interés empresarial ha de traducirse en algún tipo de fiscalización, punto que no podría ponerse en duda, ya que el poder de dirección es imprescindible para la buena marcha de la empresa, pero deberá ejercerse dentro de un marco de tolerancia y buena fe.

(2) HERRERO TEJEDA, Fernando."La intimidad como derecho fundamental". Colex, Madrid, p. 19. Dicho autor, citando a Henri Mazeaud, lo plantea de esta manera: "Qué tiene que esconder el hombre que vive de acuerdo con la ley? Si nuestra existencia debe ser transparente, ¿no sería deseable que habitáramos en una casa de cristal? La casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar sino una sociedad de robots".

De esta manera, puede afirmarse, como lo hace la doctrina francesa, que la vigilancia cibernética o *cybersurveillance du salarié* debe encuadrar bajo dos principios: transparencia –que quiere decir sin clandestinidad– y proporcionalidad. También se emplea el concepto de *loyauté* que sería equivalente a la buena fe.

III. LOS FALLOS DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Nikon France contrató al señor Onof en 1991 como ingeniero jefe del departamento de fotografía, habiendo celebrado un acuerdo de confidencialidad que le prohibía divulgar información confidencial. La Corte de Casación en el famoso fallo Nikon, de fecha 2 de octubre de 2001, casó y anuló una sentencia de la Corte de París que había acogido el despido por falta grave del señor Onof, por cuanto este había desarrollado una actividad paralela durante sus horas de trabajo, lo cual el empleador había descubierto consultando en su ordenador su carpeta intitulada "personal". La Corte de Casación consideró que el trabajador tiene derecho, en el tiempo y lugar de trabajo, al respeto de su intimidad y vida privada, lo cual supone o implica de manera particular, el secreto de la correspondencia, y el empleador no puede, sin violar dicha libertad fundamental, tomar conocimiento de mensajes personales enviados y recibidos por el trabajador gracias a una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo, incluso si el empleador hubiera prohibido la utilización no profesional del ordenador. Para la Corte de Casación francesa, el empleador no puede prohibir toda utilización personal de los medios informáticos. Dicha Corte criticó a la Corte de Apelación de París porque esta había basado su decisión en el contenido de *mensajes* que el empleador descubrió consultando las carpetas "personal" del ordenador del ingeniero Onof y sin la presencia de este. Una parte residual pero irreductible de la libertad y de la vida personal debe subsistir dentro de la empresa, señaló la Corte de Casación.

Con este fallo, el trabajador prácticamente podía hacer uso personal de los equipos: ordenador, conexión a Internet y mensajería. En el fallo Nikon apareció una nota distintiva: los archivos (*fichiers*), carpetas (*dossiers*) y correos electrónicos que indiquen la mención "personal" están sustraídos del poder de control del empleador. El perjuicio para el empleador podría ser enorme, porque de ser efectuada dicha mención, el empleador nada podría hacer, pudiendo el trabajador disimular detrás de la mención "personal" pornografía o hasta información confidencial a la competencia.

Tras varios años se han ido introduciendo diversos matices como, por ejemplo, en el caso de archivos (*fichiers*) la sentencia de 17 de mayo de 2005 donde se señaló que el empleador no puede abrir los archivos incluidos en los *directorios (répertoires) personales* del ordenador en ausencia del trabajador, salvo riesgo demostrado; y, la sentencia de 18 de octubre de 2006, que precisa que los *documentos, archivos y carpetas* así como herramientas (*outils*) en posesión del trabajador en su centro de trabajo se presume que tienen un carácter profesional, salvo que sean identificados como personales, por lo que el empleador puede tener libre acceso a estos. El empleado no puede *encriptar* sus expedientes (dossiers) personales sin autorización de su empleador.

En el caso de la *correspondencia electrónica,* se dio la sentencia de la Corte de Casación de 10 de junio de 2008[3], donde se convalidó un mandato que permitió al empleador –a través de un agente de justicia (*huissier de justice*)– acceder a la mensajería personal del trabajador, con base en el artículo 145 del Código de Procedimientos Civiles. El empleador tenía razones legítimas para temer que el trabajador estaba realizando actos de competencia desleal. El respeto a la vida personal del trabajador no puede ser obstáculo para la aplicación de la ley citada desde que el juez constata que la medida responde a un motivo legítimo y es necesaria para proteger los derechos de la parte solicitante. La Corte de Apelación de Rennes estimó que el empleador tenía razones legítimas para temer que el ordenador del trabajador estaba siendo utilizado para favorecer actos de competencia desleal, confiándose al *huissier de justice* obtener copias –en presencia del trabajador o debidamente citado, y en condiciones definidas por la resolución confirmada– de los mensajes intercambiados por el trabajador con aquellas personas identificadas como susceptibles de ser parte de los actos de concurrencia bajo sospecha.

Siete años después del caso Nikon, ocasionó gran "revuelo" la sentencia del 9 de julio de 2008, la cual, para diversos comentaristas, restituye el equilibrio de la balanza ante abusos de los trabajadores, devolviéndole peso a la potestad del empleador de fiscalizar el empleo de sus recursos. Esta causa concierne a un ingeniero, el señor Franck, despedido por la compañía Martin por falta grave. El ingeniero Franck apela la decisión de la Corte de Apelación de Nancy sosteniendo que salvo riesgo o acontecimiento particular, el empleador no puede investigar, sin la presencia o debida notificación al trabajador,

(3) <www.legalis.net> Cour de cassation Chambre sociale, Arrêt du 10 juin 2008.

los sitios de Internet que hayan sido visitados por este, habiéndose originado dicha revisión de sus conexiones de Internet luego de la inspección del disco duro de su ordenador en ausencia del trabajador. El señor Franck critica a la Corte de Apelación porque para decidir sobre la falta grave, esta se basó en una investigación del disco duro efectuada a espaldas del trabajador, y en una pericia donde tampoco estuvo presente. Pero las alegaciones del señor Franck no prosperaron, porque la Corte de Casación consideró que *las conexiones a Internet* que establezca un trabajador durante el tiempo de trabajo gracias a una herramienta informática puesta a disposición por el empleador para la ejecución de su trabajo *se presumen de carácter profesional*, de tal suerte que el empleador puede investigarlas, a fin de identificarlas *sin la presencia ni advertencia previa* al trabajador.

IV. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en sus sentencias básicamente el concepto del *secreto de las comunicaciones*, por lo que indicaremos las características básicas de este derecho. Al respecto, el profesor Samuel Abad[4] nos enseña lo siguiente:

- Se trata de un derecho fundamental, y como tal, goza de la protección del amparo.

- Los titulares del derecho son las personas físicas o jurídicas que se comunican, oponiéndose a los terceros (es decir, a todos los que no fueron parte del proceso de comunicación), no siendo relevante si el contenido pertenece al campo de lo reservado, íntimo o personal, por lo que el secreto comprende toda comunicación, con independencia de su contenido.

- De las diferentes formas que existe en el Derecho Comparado para regular este, una de ellas es la exigencia de mandato motivado del juez para levantar el secreto o tesis del "monopolio judicial" de las intervenciones o "garantía de judicialidad". Esta es la opción de nuestra Constitución (artículo 2 inciso 10).

(4) ABAD YUPANQUI, Samuel. "El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial". En: *Revista Pensamiento Constitucional*, PUCP, 2012, pp. 11-29.

- La intervención judicial está plasmada en el artículo 227 del Código Procesal Penal y en el artículo 3 de la Ley Nº 27697, en el marco de investigaciones de orden penal.

- La intervención de las comunicaciones al margen de lo previsto por la Constitución es un delito (artículos 161 a 164 del Código Penal); y, los datos que hayan podido obtenerse con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, carecerán de valor probatorio por mandato de la norma constitucional citada.

- La observación es diferente de la intervención, según algunos autores. La última permite tomar conocimiento del contenido, mientras que la observación constata "qué, "cuándo" y "entre quiénes".

Dentro de este marco constitucional y legal, nuestro Tribunal Constitucional expidió cuatro sentencias relacionadas al secreto de las comunicaciones en el seno de las relaciones laborales, las cuales comentamos brevemente.

Así, en el caso Serpost[5] señala que la pregunta fundamental es si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera razonable. Para el Tribunal, aunque la empresa otorgue facilidades técnicas o informáticas para desempeñar funciones laborales, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental, no puede asumirse que estas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, debiendo respetarse las limitaciones y garantías constitucionales. Aunque pueda alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos pertenecen a la empresa en la que el trabajador labora, ello no significa que aquella pueda arrogarse de manera *exclusiva y excluyente* la titularidad de tales comunicaciones y documentos.

Lo que el empleador revisó en el caso Serpost fueron correos electrónicos en la bandeja del destinatario, el señor Javier Arévalo, los cuales le habrían sido enviados por el trabajador despedido, el señor García, jefe de auditoría

(5) Sentencia de 18 de agosto de 2004, Exp. Nº1058-2004-AA/TC, acción de amparo iniciada por el señor Rafael Francisco García Mendoza contra Serpost S.A. –Servicios Postales del Perú S.A.

interna de la entidad demandada, y que según lo encontrado por el subgerente de Recursos Humanos, el señor Roger Zagaceta, y constatado por notario público, eran correos con contenido pornográfico. El razonamiento del Tribunal Constitucional es que el único destinatario de esos correos era el señor Javier Arévalo, y entonces, pese a que han sido enviados y recibidos desde y hacia cuentas de correo institucional, no puede el señor Zagaceta del área de Recursos Humanos, sin previo mandato judicial, abrir y revisar tales mensajes, pese a que él accedió a dichos correos porque la computadora que antes empleaba el señor Arévalo le fue asignada, sin que este último haya tenido el cuidado de remover o eliminar los *e-mails* de contenido pornográfico, por lo que fue uno de los titulares del secreto de las comunicaciones quien podría haber abierto estos al conocimiento de terceros, y más específicamente, al del nuevo usuario.

Nuestro Tribunal Constitucional en el caso Serpost ha establecido que siendo inobjetable que el empleador tiene la facultad de fiscalizar el cumplimiento de obligaciones y, llegado el caso, hacer uso de su poder disciplinario, debe respetar primero las propias limitaciones establecidas en la Constitución –léase el "monopolio de judicialidad"– y segundo, implementar mecanismos razonables que permitan cumplir los objetivos laborales:

> *"Si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustraerse con su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley (…)"*[6].

Autores como Jorge Larrea comentan el caso *Serpost* indicando que los fundamentos 17, 18 y 21 este caso atañe *solo* a las empresas que carecen de políticas y reglamentos notificados al empleado, porque si bajo documentos

(6) Numeral 21 de la sentencia del caso Serpost, sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de agosto de 2004, Expediente Nº 1058-2004-AA/TC.

fehacientes el empleado ha sido alertado que está prohibido el uso del ordenador para fines no laborales, dicho ordenador es una herramienta de trabajo y no puede ser utilizada como medio de comunicación personal, sino de acuerdo a las normas que le hayan sido informadas, y tampoco puede el empleado tener expectativa de reserva(7). Jorge Larrea subraya que desde su punto de vista:

> *"… NO existe el mal llamado 'derecho' a un 'uso social' de la herramienta de trabajo correo electrónico –ni de ninguna otra– por parte de los trabajadores. (…) [El trabajador] se está comprometiendo a no dar un uso personal (y por lo tanto no adecuado) a una herramienta de trabajo, pudiendo válidamente sostener comunicaciones privada a su costo, por sus propios medios y fuera del horario y/o el centro de trabajo".*

Sin embargo, el caso Nikon fue entendido por los franceses como una reivindicación de la libertad personal o la vida privada, dentro del seno de la empresa, por lo que también sería contraria al referente Nikon una prohibición absoluta. Por lo tanto, aunque el ordenador, el Internet y otros dispositivos sean herramientas de trabajo, generará una inevitable tensión el hecho de que sean susceptibles de un uso personal. Ciertamente, deben servir a la finalidad y destino que señale el empleador, pudiendo este normar –bajo principios de transparencia, proporcionalidad y buena fe que comentamos al inicio– su uso por los trabajadores y los medios de vigilancia del empleador.

En la misma línea de la sentencia del caso Serpost, en la demanda contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna(8), nuevamente se subrayó que si el empleador quería determinar si el trabajador utilizó el correo electrónico de forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos de los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era

(7) A decir del autor citado: "*Los criterios establecidos por nuestro TC en los fundamentos 17, 18 y 21 de esta sentencia deberían aplicarse solo a los casos de similares características, en los que el empleador no haya tenido en cuenta las pautas por nosotros antes señaladas y, en consecuencia, haya negligentemente permitido que sus trabajadores tengan una razonable expectativa de privacidad sobre el uso que le vienen dando a sus e-mails. Por ello, la exigencia que se hace en el fundamento 21 sobre iniciar un procedimiento judicial para poder acceder al e-mail asignado al trabajador debería considerarse únicamente aplicable a aquellos casos en los que –al igual que en el expediente– no existía una clara prohibición sobre el uso de las TIC en la empresa y por tanto podría haberse generado una razonable expectativa de privacidad en el trabajador*". LARREA DE ROSSI, Jorge. "Re-leyendo la sentencia del TC sobre el control del email laboral".

(8) Sentencia de fecha 19 de julio de 2011 del Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 04224-2009-PA/TC seguido por Angelina María Huamaní Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC-Tacna).

iniciando una investigación de tipo judicial, porque tal configuración procedimental es impuesta por la Constitución otorgando las garantías del caso.(9) Según la empleadora, la señora Huamaní, encargada de la Jefatura del Órgano de Control Institucional (OCI) de la Caja durante el horario de trabajo habría proporcionado información institucional y no personal al exjefe de dicho órgano (OCI).

Para nuestro Tribunal, el empleador usó para imputar la falta grave correos electrónicos de *cuentas privadas*, pero carecerían de validez, porque se obtuvieron con infracción del procedimiento respectivo, siendo pruebas obtenidas ilícitamente, no pudiendo determinarse en el expediente cómo se han accedido a cuentas privadas de correo electrónico y quién dispuso ello, si bien obra el Oficio del Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Tacna dirigido a la empleadora informándole que se está dando mal uso a los bienes de la Caja Municipal y adjuntando la documentación que sirvió de base para el despido. El Tribunal Constitucional sostiene que se ha violado el secreto de las comunicaciones porque el empleador *tomó conocimiento de información personal del trabajador*, aunque haya ocurrido a través de un oficio del Procurador Público Anticorrupción. El Tribunal no solo declaró fundada la demanda sino que remite los actuados a la Fiscalía Penal, por la posible comisión de un ilícito penal, al no constar ninguna autorización de las personas titulares de las "cuentas personales" (se refiere a cuentas personales hotmail y del servidor mibanco.com.pe).

A continuación comentamos la sentencia de fecha 10 de enero de 2012(10) emitida por el Tribunal Constitucional en la demanda de amparo iniciada por Roberto Nieves Albán contra Telefónica Centros de Cobro S.A.C., empresa que puso a disposición del demandante un programa de mensajería instantánea para la comunicación en tiempo real (Net Send) para coordinaciones laborales. El demandante, que era Jefe de la Agencia Zonal de Piura, habría sostenido conversaciones con la señora María Espinoza Chumo, una trabajadora bajo su subordinación, en términos indecorosos, obrando en el expediente las conversaciones, en copias legalizadas.

(9) Fundamento Nº 16) de la sentencia del caso Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna.

(10) Sentencia de fecha 10 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 00114-2011-PA/TC seguido por Roberto Nieves Albán contra Telefónica Cobro S.A.C. Con la misma fecha y bajo el Expediente Nº 3599-2010-PA/TC se emite la sentencia en los seguidos por María Milagros Espinoza Chumo de López contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C.

Seis magistrados han participado y se ha formado sentencia por la mayoría concurrente de los votos de los siguientes tres de ellos: Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, no obstante cada uno emite una sustentación diferente; mientras que, de los tres restantes, dos han votado –también en voto singular– por que se declare infundada la demanda de amparo (Alvarez Miranda y Urviola Hani); y, el tercero (Vergara Gotelli) vota por que se revoque el auto de primera instancia de rechazo liminar y, en consecuencia, que el juez de primera instancia admita la demanda notificando con la misma a la empresa demandada.

Que existan seis votos singulares a raíz de dos casos de *mensajería instantánea* denota que no hay consenso sobre los alcances del derecho del secreto de las comunicaciones; a pesar de ello, buscamos hacer una síntesis.

Sobre el voto de los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz que resuelven en el sentido de amparar la demanda, los dos primeros emiten apreciaciones similares, en cambio, el magistrado Eto Cruz sigue la tesis de Jorge Larrea, como se podrá apreciar del numeral a.2. Es interesante constatar que el magistrado Alvarez Miranda tiene coincidencias con Eto Cruz, en tanto ambos conceptúan que los medios informáticos son una herramienta de trabajo, agregando Eto Cruz como parte central del debate la posible expectativa de privacidad del trabajador. El voto del magistrado Urviola Hani es muy directo, y se acerca al voto del magistrado Alvarez Miranda: se ha despedido por motivos disciplinarios al demandante, existen diferentes dispositivos del Reglamento interno de trabajo que han sido vulnerados y no se trata de un problema del secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, porque se entregó una herramienta electrónica de trabajo. El voto del magistrado Vergara Gotelli no será comentado porque no incide en el debate de fondo (expresa que el Tribunal debe limitarse al auto de rechazo liminar, y su voto es por la revocatoria y admitir a trámite la demanda).

A continuación, exponemos los aspectos más saltantes del fallo, así como los puntos de convergencia y discrepancia:

a. Naturaleza de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador

a.1. Medio de comunicación

Para Mesía Ramírez, el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus empleados son *formas de comunicación*, posición que asume el magistrado y que

difiere de otra postura que él mismo reseña como limitada a considerar dichos medios como una simple herramienta de trabajo que puede ser fiscalizada o intervenida sin resolución judicial (Mesía Ramírez, fundamentos Nº 5 y 6).

a.2. Herramienta de trabajo

El magistrado Eto Cruz fundamenta que los recursos informáticos en el centro de trabajo son otorgados con fines esencialmente laborales, por lo que difícilmente puede generarse sobre medios que no son privados sino laborales una expectativa razonable de secreto o confidencialidad. El proceso comunicativo realizado a través del *e-mail* laboral y el chat o mensajero interno, no puede *en principio* considerarse como una comunicación protegida por el secreto de las comunicaciones. No obstante el *hábito social generalizado* de tolerancia con ciertos usos personales moderados de medios informáticos y de comunicación puede crear una expectativa generalizada de confidencialidad. *Por esta razón*, con el objeto de generar predictibilidad en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, es imperioso que el empleador explicite por escrito y por los medios de información idóneos su política respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos y de la posibilidad de efectuar controles para verificar el uso adecuado de tales medios (Eto Cruz, fundamentos Nº 13 y 14). En dicho contexto, cuando el empleador adopte dichos recaudos no generando ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas a través de los recursos informáticos de la empresa (*email* laboral y chat o mensajero interno), dichas comunicaciones *no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.* En sentido contrario, cuando el empleador *no comunique dichos recaudos*, ni informe al trabajador acerca de la política empresarial de utilización de los recursos informáticos de modo explícito o cuando autorice expresamente el uso de dichos medios para fines personales y garantice un secreto de las comunicaciones, *las referidas comunicaciones se encontrarán protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, en cuyo caso es de aplicación la garantía constitucional del artículo 2 inciso 10) de la Constitución que prescribe que solo pueden ser interferidas o abiertas con previa autorización judicial. Sin embargo, para la intervención de las comunicaciones de los trabajadores, cuando la protección de bienes y derechos constitucionales del empleador lo requiera no se ha previsto en la ley ningún procedimiento o garantía,

por lo que el legislador mediante norma general debería regular este aspecto (Eto Cruz, fundamentos 14 a 18).

Por su parte, el magistrado Alvarez Miranda cita y coincide con Eto Cruz en el sentido de que son dos los elementos que configuran una expectativa de confidencialidad: el uso de un medio para realizar una comunicación destinada a una persona en particular o a un grupo cerrado de participantes, y que se realice por medios que objetivamente hagan asumir que la comunicación se mantendrá en secreto. En este escenario, el magistrado Alvarez Miranda considera que no puede entenderse que una sesión de chat a través de la aplicación proporcionada por el empleador –que es una herramienta de trabajo–, haya generado expectativa razonable de confidencialidad en el trabajador, pues este no puede hacer esta inferencia objetiva y razonablemente. Bajo ningún concepto un tercero puede interferir en comunicaciones privadas (ejemplo, MSN Messenger o Skype) sin autorización judicial, y no puede asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a las laborales, las cuales son proporcionadas por el empleador como una herramienta de trabajo (Alvarez Miranda, fundamentos 9 al 14).

Finalmente, el voto del magistrado Urviola Hani es muy claro y explícito: se entregó al demandante una herramienta electrónica de trabajo (mensajero interno) y teniendo el cargo de jefe en la organización de la empleadora, infringió diversos dispositivos del reglamento interno de trabajo, los cuales detalla, dando un uso indebido a las herramientas informáticas puestas a su disposición. Considera errado el criterio del magistrado Eto Cruz para quien en el caso de autos se generó en el trabajador una supuesta expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno. Además, conceptúa un error introducir un criterio de enunciar por escrito y medios de información las políticas de uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos y de los controles, en tanto fomentaría en el ámbito laboral privado y público el uso indebido de las herramientas informáticas.

b. Alcance del secreto de comunicaciones

b.1. Protección genérica de todo proceso de comunicación

El empleador está prohibido de conocer el contenido de conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea proporcionada al trabajador o de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, en

tanto vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. La Constitución protege este derecho en todas sus formas o medios, sea telegráfico, informático, telefónico, entre otros (Mesía Ramírez, fundamento Nº 7).

Se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación (aprende la comunicación) como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado sin autorización para ello. El secreto de las comunicaciones comprende a la comunicación misma, cual fuere su contenido, y pertenezca o no al ámbito de lo personal, íntimo o reservado (Calle Hayen, fundamento Nº 3; y Eto Cruz, fundamento Nº 8, primer y último párrafo).

El secreto de las comunicaciones protege *cualquier comunicación o proceso comunicativo* realizado a través de un medio técnico, al margen del contenido inserto en la comunicación, porque protege el proceso de comunicación en sí y la expectativa de confidencialidad cuando una persona utiliza para comunicare un medio técnico. El secreto de las comunicaciones se ve vulnerado si se efectúa intervención o interferencia por terceros en el proceso comunicativo (Eto Cruz, fundamento Nº 8). Este derecho fundamental está protegido por tratados internacionales de derechos humanos, nace de la necesidad de proveer a la persona de un ámbito de privacidad, por lo que se afirma que el secreto de las comunicaciones es instrumental al más genérico derecho a la vida privada (Eto Cruz, fundamentos Nº 6 y 7).

b.2. **Protección específica**

El magistrado Eto Cruz hace notar que en el caso concreto *no figura en el reglamento interno de trabajo* de la empresa ninguna alusión al uso de tecnologías de información por los trabajadores, ni las formas de utilización, la capacidad de fiscalización, ni menos las sanciones por uso indebido. Dicha *ausencia de información previa* generó en el trabajador una expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o mensajero interno de la empresa. En dicho contexto, las comunicaciones estaban protegidas por el derecho constitucional y su intervención solo podía efectuarse por mandato motivado del juez (Eto Cruz, fundamento Nº 24).

b.3. **Fuera del alcance de la protección constitucional**:

Para el magistrado Alvarez Miranda, la demanda es infundada, ya que si el empleador entrega una herramienta informática ello obedece a fines

relacionados al trabajo encomendado, no para asuntos privados, más aún si el propio Reglamento interno de trabajo estipulaba como obligación del trabajador "cuidar (…) los equipos facilitados para el cumplimiento de sus funciones, no pudiendo darle distinto uso al señalado al momento de la asignación". No puede entonces entenderse que exista expectativa de secreto o confidencialidad de las comunicaciones efectuadas por chat o mensajero interno de la empresa, y un uso irregular de los bienes del empleador o quebrantando sus directivas es contrario a la buena fe y susceptible de ser sancionado respetando los derechos fundamentales del trabajador, como ha ocurrido en este caso.

Para el magistrado Urviola Hani, es igualmente infundada la demanda, ya que la controversia no versa sobre un problema del secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, no siendo pertinente ello para resolver el caso. Se trata de un despido laboral por uso indebido de una herramienta electrónica de trabajo (Urviola Hani, fundamento Nº 1). El demandante tenía calidad de jefe de agencia, como jefe inmediato está obligado a velar por el cumplimiento del reglamento interno de trabajo según el artículo 3 de este, así como también estaba en obligación de guardar respeto y consideración a sus jefes y compañeros de trabajo, manteniendo relaciones armoniosas. El artículo 18 del Reglamento le prohíbe atender asuntos ajenos o particulares dentro de la jornada laboral, y el artículo 14 le obliga a usar los equipos facilitados para el cumplimiento de sus funciones, no pudiendo darle uso distinto al previsto (Urviola Hani, fundamentos Nº 5 y 6).

c. Ineficacia de las pruebas

Las pruebas que justifican y sustentan el despido son pruebas ilícitas (Mesía Ramírez, fundamento Nº 8). Las conversaciones presentadas como prueba para imputar la falta grave carecen de validez si se obtienen vulnerando el procedimiento respectivo, esto es, ilícitamente (Calle Hayen, fundamento Nº 8).

La prueba obtenida para el despido carece de efecto legal, siendo nulo el despido, porque las comunicaciones estaban protegidas por el derecho a las comunicaciones bajo el contexto que la interceptación de la comunicación se efectúa en una compañía que no tomó recaudos de información, que no informó al trabajador de la interceptación de la comunicación del mensajero o chat de la empresa, ni la razón por la que se efectuaba, ni menos se hizo en presencia de este, no otorgándose

garantía de que las comunicaciones adjuntadas a la carta de preaviso de despido hubieran sido realizadas por el trabajador (Eto Cruz, fundamento Nº 24).

d. Reserva de judicialidad y de ley

El derecho no es absoluto, pero la intervención o interceptación es garantizada, puede ser dispuesta por mandato judicial con las garantías de ley. No solo las causas, sino también las garantías deben regularse en la ley para delimitar el poder discrecional del juez al momento de autorizar una intervención (Calle Hayen, fundamento Nº 4). Conforme a otras sentencias del Tribunal Constitucional (STCS Nº 1058-2004-PA/TC y Nº 04224-2009-AA/TC) el empleador goza de facultades si el trabajador incumple obligaciones, pero no puede limitarse los derechos constitucionales de los trabajadores; por lo que el empleador debió iniciar un procedimiento de tipo judicial, único mecanismo procedimental impuesto por la Constitución, con las garantías del caso (Calle Hayen, fundamento Nº 7).

V. COMENTARIO FINAL

Encontramos un aparente primer encuentro del caso Serpost con el referente Nikon, en tanto que en el último se determinó que incluso si hubiere expresamente prohibición de la utilización no profesional del ordenador, existe una parte irreductible de la libertad y de la vida personal que subsiste dentro de la empresa, por lo que el empleador no puede tomar conocimiento *de la mensajería personal* del trabajador, sin violar su libertad fundamental a la intimidad y a la vida privada. En el caso Nikon resultaba claro que los mensajes que el empleador examinó eran *personales* por cuanto estaban dentro de la respectiva carpeta "personal" del trabajador.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano efectúa, en realidad, una generalización mucho mayor que la que reguló el caso *Nikon*. Para el Tribunal francés, el empleador no puede acceder a mensajes bajo clasificación de "personal", y a partir de los fallos posteriores se precisa que el acceso a los últimos será posible cuando exista motivo legítimo y previa autorización judicial. En suma, el empleador francés tiene acceso a toda la información que no tenga la clasificación de "personal", salvo que sea notoriamente personal. En cambio, se infiere de varias sentencias (caso Serpost y caso Caja) y de varios votos singulares de nuestro Tribunal (Mesía Ramírez, Calle Hayen) que

toda la mensajería o correspondencia del trabajador, incluso aquella que el empleado envía o recibe por medio de su cuenta de correo empresarial, está sujeta al secreto de comunicaciones, por cuanto el ordenador es además de una herramienta de trabajo, un medio de comunicación, por lo que está en juego un derecho fundamental, donde deberá recurrirse a un procedimiento judicial como único mecanismo que puede levantar la *reserva* de las comunicaciones según nuestra Constitución.

La Corte de Casación de Francia distingue y efectúa matices para los *archivos, carpetas, conexiones a Internet* y *mensajería electrónica*. Tratándose de los dos primeros, el empleador puede normalmente acceder a ellos, salvo que por el trabajador hayan sido catalogados como "personales". Si el trabajador les hubiere asignado dicha calidad o si fueren notoriamente tales, el empleador no puede abrirlos en ausencia del trabajador, salvo en caso de riesgo probado. En el caso de las conexiones a Internet, no existen restricciones para tomar conocimiento de las estas. Finalmente, en el caso de la *mensajería electrónica*, el empleador dispone de un derecho de controlar y acceder a los correos profesionales, pero no podrá tomar conocimiento de las informaciones contenidas en un *e-mail* personal salvo acuerdo del trabajador o en caso de motivo grave o legítimo. En el último supuesto, se accederá a la mensajería electrónica personal de un trabajador en presencia de un agente de justicia y con la presencia o debida citación del trabajador, sustentada en un motivo grave o legítimo, como ocurrió en el caso que originó la sentencia del 10 de junio de 2008, donde la empresa sospechaba de la competencia desleal del empleado.

La mensajería electrónica está relacionada con el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, no puede olvidarse que las cuentas de correo electrónico que otorga la empresa están destinadas a un uso esencialmente profesional. Y tanto o más que un proceso de comunicación, aquellas contienen el diario quehacer laboral o producción institucional, por cuanto las cotizaciones, informes, respuestas y documentos no se envían más por cartas ni documentos escritos o formales. Por lo tanto, es interesante la asunción que efectúa la Corte de Casación francesa, en el sentido de poner fuerte énfasis en la presunción de uso profesional, siendo el trabajador quien deba soportar la carga de señalizar el posible uso personal que da a las herramientas que le han sido facilitadas, rotulando y clasificando como "personales" sus archivos y correspondencia, bajo las políticas y prácticas permitidas en el centro de trabajo. Es llamativo que los casos Serpost (2004), Caja (2009) y Telefónica Centros de Cobro (2011) conciernan a tres jefes que aparentemente no hacían un uso debido de las herramientas informáticas puestas a su disposición, mas todos fueron

repuestos, en parte por infracciones al debido proceso, pero también, en buena medida, por la carencia normas y procedimientos claros, ante lo cual esperemos que nuestro Tribunal Constitucional se esfuerce por trabajar de forma más integrada, ante el desconcierto que ocasionan sus dos últimos pronunciamientos sobre el secreto de correspondencia en el seno de las relaciones laborales con seis votos singulares.

EL TELETRABAJO: UNA APROXIMACIÓN A UN FENÓMENO COMPLEJO[1]

VÍCTOR FERRO D.[2]

I. RESUMEN

El presente artículo aborda sucintamente los temas centrales que corresponden al estudio del teletrabajo a partir de su análisis conceptual y sus elementos configuradores, destacando las ventajas y desventajas que representa para el trabajador y el empleador, y su efecto en determinados aspectos sociales. Seguidamente, se exponen las diversas modalidades de teletrabajo que se vienen desarrollando, para luego incidir en los aspectos propiamente contractuales de esta modalidad de servicios. Por último, trataremos su vinculación con el ejercicio de derechos colectivos, su vinculación con la seguridad y salud en el trabajo y el desarrollo e implicancias que viene teniendo el teletrabajo prestado a través de figuras de tercerización de servicios[3].

II. CONCEPTO DE TELETRABAJO

La introducción de la telemática en el mundo laboral ha traído consigo nuevas formas de concebir el trabajo, conforme a las cuales resulta posible que

(1) Ponencia oficial presentada al XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires 2013.

(2) Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(3) Deseo dejar constancia de mi especial reconocimiento a André Cossio Peralta y Lineth Humala Marín, por su valiosa colaboración en la preparación de este trabajo.

las labores encomendadas al trabajador puedan cumplirse a distancia, esto es, sin que sea necesaria su presencia física en el centro de trabajo.

Este hecho constituye un fenómeno que participa de una figura previamente existente en el Derecho del Trabajo, como corresponde al trabajo a domicilio, pero a la vez incorpora particularidades no previstas que por tanto hacen necesarias respuestas específicas. En efecto, en el trabajo a domicilio el trabajador se limita a entregar el resultado de su trabajo, lo cual reduce significativamente la intervención del empleador en el desarrollo de sus actividades. Por el contrario, en el teletrabajo las labores no necesariamente se cumplen en el domicilio del trabajador, a lo que se agrega que el ejercicio de la facultad directriz del empleador puede ser muy intenso, permitiéndole controlar en tiempo real las labores del trabajador, las interrupciones en las que incurre, su ritmo de trabajo, los errores que comete, etc.

En lo relativo a la cuestión terminológica, y por corresponder a la que más aceptación ha tenido en el ámbito laboral, hemos optado por la denominación de teletrabajo, la cual es la traducción de los términos *telework* o *teleworking* acuñados por primera vez en 1973 por el profesor norteamericano Jack Nilles(4).

En 1990, Vittorio di Martino y Linda Wirth, luego de analizar un gran número de definiciones del teletrabajo, identifican tres conceptos distintivos del teletrabajo: organización, locación y tecnología. Así, proponen la siguiente definición: *"Es el trabajo prestado en una locación donde, fuera de las oficinas centrales o instalaciones de producción, el trabajador no tiene contacto personal con sus compañeros de trabajo pero le es posible comunicarse con ellos usando nueva tecnología"*(5).

Gray, Hodson y Gordon definen al teletrabajo como *"una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto entre el teletrabajador y la empresa"*(6).

(4) NILLES, Jack. *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for tomorrow*. En: *Wiley & Sons*. New York, 1976, p. 3.

(5) DI MARTINO Vittorio y Linda WIRTH. "Telework: A new way of working and living". En: *International Labour Review*. Vol. 129, Nº 5, 1990, p. 530. Traducción libre.

(6) GRAY M., N. HODSON y G. GORDON, B. *El Teletrabajo*. Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1995, p. 63.

Por su parte, en el Acuerdo Marco europeo del año 2002 se define al teletrabajo como "*una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales*".

Por nuestra parte, conceptuamos al teletrabajo como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base en las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.

Se trata, pues, de un fenómeno que va teniendo importancia creciente en el mundo moderno, como lo evidencia el hecho de que en la Unión Europea ya existan en la actualidad unos 10 millones de trabajadores que laboran bajo las distintas modalidades del teletrabajo. Es así que en el referido Acuerdo Marco se estableció que el teletrabajo debe procurar un equilibrio razonable entre la flexibilidad y la seguridad de la organización del trabajo, la compatibilización entre la vida familiar y la vida laboral de los teletrabajadores y la mejora en productividad y competitividad de las empresas(7).

Todo indica que en nuestra región el teletrabajo irá teniendo mayor desarrollo y de ahí, pues, que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, surja la necesidad de estudiar las implicancias y desafíos que entraña esta forma de prestación de servicios.

III. ELEMENTOS CONFIGURADORES

Con base de lo expuesto, y como destacan Carrasco y Salinas(8), pueden identificarse dos elementos consustanciales al teletrabajo: (i) la actividad no presencial; y (ii) el uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información.

i) La actividad no presencial está referida al hecho de que el teletrabajador presta sus servicios sin concurrir al centro de trabajo pero man-

(7) FERNÁNDEZ, Roberto. *El acuerdo marco sobre teletrabajo*. En: <www.uhu.es/sevirtual/ocw/ciencias-trabajo/trabajo-no-asalariado/recursos/010.doc, pp.1-2. 12/08/2013>.

(8) CARRASCO, Remigio y SALINAS, José. *Teletrabajo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1994, p. 11.

teniendo su condición de subordinado al empleador, al cual le corresponde los resultados de su trabajo. Como acota Pino, "*el teletrabajador gozará de más autonomía y libertad de acción en virtud del trabajo realizado a distancia, pero siempre habrá ciertos parámetros establecidos por el destinatario del servicio (…) el concepto de subordinación deberá ajustarse a la realidad y ser concebido en una perspectiva de relación contractual*"(9).

ii) El uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información determina que el teletrabajador desarrolle sus actividades, fundamentalmente, con base en el uso intensivo de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), sin perjuicio de que no sea necesario que la totalidad de su labor deba basarse en estas, mas sí en lo esencial, tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos.

En términos generales, corresponderá al empleador la provisión de los instrumentos (medios físicos –*hardware*– y métodos informáticos –*software*–) requeridos para la prestación de los servicios, lo que implica que el trabajador dependa tecnológicamente del empleador.

Estos elementos operan más bien como factores coadyuvantes que identifican la dependencia tecnológica del trabajador frente a su empleador, mas no como elementos determinantes del teletrabajo habida cuenta que cabría la posibilidad de que sea el trabajador el propietario de estos bienes y que acuerde con su empleador la forma en que sería compensado por este hecho.

IV. BENEFICIOS Y PERJUICIOS

El teletrabajo conlleva indudables beneficios, pero igualmente puede acarrear perjuicios para empleadores y trabajadores:

1. Beneficios

Trabajador:

- Disminuye o elimina traslados entre el domicilio, el centro de trabajo y viceversa.
- Permite mayores posibilidades de adecuar la vida laboral y la vida personal facilitando la atención de obligaciones particulares (tales

(9) PINO, Manuel. *El teletrabajo en el Derecho brasileño*. En: <http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/teletrab/teletrabajo_en_brasil_pino.pdf.> 11/08/2013.

como el cuidado de los niños o familiares enfermos, la atención del hogar, etc.).
- Contribuye a la reinserción laboral a trabajadores discapacitados, en particular a aquellos con dificultades para trasladarse.
- Limita la discriminación de grupos vulnerables de trabajadores que sufren rechazo social (como quienes han purgado condenas).
- Reduce o elimina riesgos de hostigamiento sexual.

Empleador:

- Ahorro en costos de infraestructura y costos fijos en el centro de trabajo al tener que albergar a un menor número trabajadores(10).
- Mayor productividad y competitividad en la medida que la labor del trabajador se mide por resultados concretos y efectivamente entregados.
- Reduce la conflictividad laboral al haber menor contacto directo entre individuos.
- Favorece supervisión en tiempo real, sin recurrir a canales intermedios.
- Reduce el ausentismo(11).
- Reduce posibilidades de accidentes de trabajo.
- Elimina riesgos vinculados a la desaparición de bienes o enseres de la empresa.

Aspectos sociales:

- Genera impacto favorable al reducir los desplazamientos en la ciudad, aliviando el tráfico y favoreciendo una menor contaminación.
- Contribuye al menor consumo de energía.
- Favorece el empleo de trabajadores que residen en zonas alejadas o marginales.

2. Perjuicios

Trabajador:

- Genera aislamiento y deshumanización de las relaciones de trabajo(12).

(10) Garmendia señala que en "Estados Unidos se ha calculado que se ahorra un 30 % de gastos por cada trabajador". GARMENDIA, Xochitl. *Teletrabajo*. En: <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/Teletrabajo.pdf>. 20/07/2013.

(11) Según Garmendia, "el trabajador podrá seguir realizando sus funciones en casa, cuando no se trate de enfermedades graves, lo que se traduce en un aumento de la productividad". Ídem.

(12) Como señala Huuhtanen, el aislamiento físico de los teletrabajadores puede suponer un riesgo de marginación del lugar de trabajo y de los compañeros, en un momento en que se hace hincapié en la importancia del trabajo en equipo. HUUHTANEN, Pekka. *Implicaciones del teletrabajo*

- Puede contribuir a *deslaborizar* relaciones de trabajo propiciando figuras civiles.
- Hace difusos los límites que dividen la vida laboral y la vida personal y exige particulares capacidades de autodisciplina del teletrabajador.
- Favorece la individualización de las relaciones de trabajo.
- Dificulta la actividad gremial tradicional.
- Traslada al trabajador gastos que en diversos supuestos suelen ser parcial o totalmente asumidos por la empresa (alimentación, uniformes, atención en postas médicas, etc.).
- Dificulta las actividades sociales que usualmente se desarrollan al interior de la empresa.
- Puede afectar el derecho a la intimidad y contribuir a la intromisión de la empresa en el ámbito del hogar.

Empleador:

- Eventual afectación de la capacidad de fiscalización y ejercicio del poder de dirección.
- Puede desfigurar el carácter personalísimo (*intuito personae*) de la prestación de los servicios.
- Atenúa los sentimientos de pertenencia e identificación del teletrabajador con la empresa e integración entre los trabajadores.
- Disminuye el control sobre información sensible para la empresa.
- Reduce la capacidad de atenuación de los riesgos de seguridad y salud en el trabajo derivados de la prestación de los servicios.
- Suele generar mayores costos vinculados al mantenimiento de equipos y actualización de *software*.
- Dificultad para generación de equipos de trabajo de teletrabajadores.

Aspectos sociales:

- Al mantener al trabajador en su domicilio, aliena al individuo de su vinculación con el entorno social, afectando su condición de hombre social.
- Mayor dificultad en la implementación de acciones de personal de aplicación general (charlas de capacitación, entrenamiento en medidas de seguridad, etc.).
- Riesgo de proliferación de enfermedades derivadas del trabajo en aislamiento (desórdenes emocionales, tales como la depresión o conductas antisociales).

para la seguridad y la salud. En: <http://www.arearh.com/salud%20laboral/teletrabajoysalud.htm 17/08/13>.

V. MODALIDADES DEL TELETRABAJO

1. En el domicilio

Es la forma en que usualmente se concibe al teletrabajo, pero no necesariamente la que viene experimentando un desarrollo exponencial[13].

Esta modalidad de teletrabajo haría necesario que el domicilio del trabajador cuente con determinadas características para que este resulte adecuado, tales como un espacio idóneo que le permita un mínimo de privacidad durante la prestación de los servicios. Al mismo tiempo, debe poder garantizar el derecho a la intimidad del trabajador y su familia, en particular cuando las labores implican que la computadora se encuentre permanentemente conectada a una cámara y a un mecanismo de audio. Ciertamente, el teletrabajo prestado en tales condiciones podría acarrear una afectación a la vida personal del trabajador.

A su vez, la dependencia tecnológica del trabajador hacia el empleador hace que este, a través de los técnicos que designe, deba ingresar periódicamente al domicilio del trabajador sea por razones de mantenimiento de los equipos, por instalación de programas que requieren de discos, etc. Estas visitas resultan inherentes al normal desenvolvimiento del trabajo y deberían corresponder a una estipulación ordinaria en los acuerdos sobre teletrabajo. Así, el trabajador no debería negarse a estas visitas, siempre que las mismas se encuentren sustentadas en consideraciones objetivas e ineludibles y puedan ser programadas con anticipación razonable, sin perjuicio del derecho del trabajador a solicitar una reprogramación cuando medien causas justificadas.

2. En forma itinerante

Existe una diversidad de puestos de trabajo que obligan a un constante desplazamiento del trabajador por distintos lugares geográficos, desde los cuales debe reportar el resultado de sus visitas o hallazgos. En este escenario, el teletrabajador no labora en su domicilio ni desde un lugar fijo, sino que se conecta con el servidor de su empleador desde distintos puntos en los que le resulte factible, habida cuenta que solo requiere del uso de su computadora personal con una conexión inalámbrica o con un módem, o incluso con un moderno teléfono celular. De acuerdo a Hernández Nieto los trabajadores que

(13) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo*. En:<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalización-final-informe.pdf 17/08/2013>.

más utilizan esta modalidad de teletrabajo son los que realizan actividades comerciales e ingenieros de servicios[14].

Bajo este esquema, se atenuarán los riesgos a una afectación al derecho a la intimidad en el domicilio del trabajador pero podrían acentuarse los relativos a una clara delimitación entre el tiempo de descanso y el tiempo de trabajo.

3. En un centro de recursos compartidos o centro de teleservicios

En esta modalidad, el trabajador goza de ciertas facilidades para conectarse con el servidor de su empleador (computadora, acceso a Internet, línea telefónica, impresoras, etc.) sin que este lugar constituya un centro de trabajo de la empresa. Usualmente, el servicio se paga por horas de ocupación del centro de recursos compartidos de manera que el trabajador solo estará conectado durante el tiempo en que se encuentre en dicho centro. En términos generales, su ubicación resulta más accesible que el propio centro de trabajo del empleador y presenta la ventaja de que se maximiza su uso al tiempo estrictamente necesario.

VI. TELETRABAJO Y CONTRATO DE TRABAJO

Como todo contrato de trabajo, el teletrabajo puede ser celebrado a plazo indefinido, o sujeto a modalidades temporales cuando medien razones que así lo justifiquen. Más aún, podría pactarse la temporalidad del teletrabajo y el retorno posterior a las labores en las instalaciones de la empresa, como analizaremos más adelante, cuando tratemos lo relativo a la reversibilidad.

Cabe tener presente que alguna legislación, como es el caso de la peruana, prevé menores beneficios laborales a quienes prestan servicios por menos de cuatro horas diarias. Por ello, resultará relevante determinar si las labores se limitan a las horas indicadas o si, por el contrario, el pacto respecto a la prestación de servicios en una supuesta jornada a tiempo parcial no es sino una maniobra destinada a evadir el reconocimiento del íntegro de los derechos laborales que corresponden al teletrabajador.

Este aspecto debe analizarse tanto desde la efectiva extensión de la jornada de trabajo del teletrabajador como de las posibilidades del empleador de fiscalizar este hecho. En efecto, como ya se indicó, la facultad de fiscalización

(14) HERNÁNDEZ, Juan. "El teletrabajo en España en los albores del siglo XXI". En: *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*. Universidad de Sevilla, Nº 2, Valladolid, 2001, p. 193.

del teletrabajo por parte del empleador puede ser muy intensa, la cual, incluso, podría materializarse en tiempo real. De ahí que el tiempo de conexión del teletrabajador al sistema o servidor del empleador resultará decisivo para definir la verdadera extensión de la jornada de trabajo. Inversamente, si el teletrabajador se limita a entregar un producto, sin que el empleador fiscalice el tiempo destinado a la prestación de servicio, no corresponderá que se atribuya a la jornada una extensión mayor a la pactada, de la misma forma que algunos ordenamientos no reconocen el derecho a percibir sobretiempos a quienes laboran sin fiscalización superior directa(15). No obstante, ello no descarta que por aplicación del principio de primacía de realidad pudiera acreditarse que por la calidad o cantidad del producto entregado por el teletrabajador no resulte verosímil que las labores puedan haberse cumplido conforme a una jornada parcial, lo que previsiblemente, sería materia de análisis pericial en el marco de una controversia judicial.

Ahora bien, el contrato sobre teletrabajo puede ser originario, vale decir, que desde el inicio de la relación laboral las partes han acordado esta modalidad de prestación, con lo que la voluntariedad del teletrabajo operará tanto para el empleador como para el teletrabajador.

Sin embargo, cabe evaluar si el ordenamiento debería prever ciertas garantías que aseguren que el trabajador ha adoptado una decisión informada. El teletrabajo no se adecua a todos los trabajadores. Así, el hecho de trabajar en aislamiento podría afectar la salud psicológica de algunos trabajadores, en particular cuando esta modalidad se extiende a lo largo de periodos considerables de tiempo.

Por ello, tal como se requiere que el trabajador común se someta a exámenes médicos específicos en función del tipo de labor y condiciones de trabajo en las que deba laborar, cabe considerar la necesidad de que se efectúe una evaluación psicológica del trabajador como requisito para la validez de su consentimiento para la prestación del servicio en teletrabajo.

A su vez, cuando es realizado desde el domicilio del teletrabajador debe evaluarse si se cuentan con las facilidades que esta modalidad de prestación de servicios exige, habida cuenta que, como se señaló previamente, cabe la posibilidad de que esta modalidad importe una intromisión en su vida privada y

(15) Es el caso de la legislación peruana (art. 5 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, aprobado por Decreto Supremo N°007-2002-TR).

afectación a su derecho a la intimidad, con lo que el teletrabajador puede convertirse en sujeto pasivo de control constante(16).

El teletrabajo puede igualmente corresponder a la novación de las condiciones del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, con base en razones debidamente sustentadas o provenir de la iniciativa del trabajador. En ambos casos, se requerirá del consentimiento de la contraparte, habida cuenta de que la novación en cuestión importa una modificación sobre uno de los aspectos centrales de la prestación de los servicios.

Sin embargo, otorgado dicho consentimiento, la legislación peruana reserva al empleador la reversibilidad de la medida, si estima que no se han alcanzado los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo(17). No operará igual facultad respecto del trabajador ya que la ley peruana prevé que si este la solicitase, quedará supeditado al consentimiento del empleador(18).

Al igual que en el caso del teletrabajo originario que ya hemos comentado, resultan aplicables a este caso las mismas atingencias ya señaladas respecto a necesidad de una evaluación psicológica previa destinada a determinar la adecuación del trabajador a este tipo de prestación.

A su vez, transcurrido un periodo prudencial el teletrabajador debería encontrarse en la posibilidad solicitar la reversión de la medida si acredita que el teletrabajo le viene ocasionando perjuicios y, de producirse la negativa del empleador, debería poder accionar ante la autoridad competente para que revierta la medida.

Corresponde que en el contrato originario o en la novación del contrato para pasar al régimen de teletrabajo se determine a cuál de las partes corresponderá la provisión de los equipos, su mantenimiento y elementos de trabajo requeridos para la prestación de los servicios. Si bien, en términos generales, esta provisión recae en el empleador, no desnaturaliza el contrato de trabajo que sea el teletrabajador el que la asuma, en cuyo caso deberá ser íntegramente compensado por el empleador(19).

A su vez, corresponderá igualmente que se establezca la permanencia o modificación de las condiciones de trabajo preexistentes, toda vez que algunas

(16) GONZALES MOLINA M.D, y LÓPEZ AHUMADA, J. E. Citado por RASSO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Segunda edición, Edit. Amalio M. Fernández S.R.L., Montevideo, 2009, p. 222.

(17) Art. 4, Ley Nº 30036, Ley que regula el Teletrabajo.

(18) Ídem.

(19) Art. 3, Ley Nº 30036, Ley que regula el Teletrabajo.

de ellas podrían no subsistir por estar directamente vinculadas a la prestación de servicios en el centro de trabajo.

VII. EJERCICIO DE DERECHOS COLECTIVOS

En materia de derechos colectivos, el teletrabajo presenta particulares desafíos. En efecto, el hecho de que el trabajador labore en condiciones de aislamiento dificulta significativamente su vinculación con sus compañeros de trabajo. Así como las relaciones interpersonales que la actuación gremial usualmente conlleva.

De ahí que resultará relevante que las organizaciones sindicales logren establecer por medios telemáticos contactos con los teletrabajadores y que, de la misma forma, la legislación faculte la actuación en tiempo real de teletrabajadores en asambleas no presenciales así como la adopción de acuerdos e implementación de medidas colectivas. Ciertamente, ello exigirá la implementación de medidas de carácter técnico que permitan comprobar y dar certeza de la efectiva participación de los teletrabajadores en dichas decisiones.

VIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El Convenio Nº 177 de la OIT sobre Trabajo a Domicilio establece "*La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste (…)*".

Asimismo, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo prevé la responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud de los teletrabajadores y su obligación de informar al teletrabajador sobre la política aplicable en esta materia, así como supervisar su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, el teletrabajo conlleva particulares dificultades en el cumplimiento de la obligación del empleador de garantizar que las labores se cumplan en condiciones que no afecten la integridad física o psicológica del teletrabajador. Respecto de lo segundo, ya hemos señalado que el trabajo en condiciones de aislamiento puede generar cuadros de depresión en algunos teletrabajadores y de ahí la necesidad de un monitoreo constante, e incluso la reversión de la medida de evidenciarse causas objetivas que afecten al trabajador.

En lo relativo a las condiciones de seguridad conforme a las cuales se brinda el teletrabajo, cabe tener presente que en el trabajo a domicilio la capacidad de intervención del empleador se encuentra limitada. En efecto, este podría haber determinado que, inicialmente, las condiciones que presenta el domicilio del trabajador resultan adecuadas para el desempeño de las labores y que cuando el teletrabajo se desarrolla en tiempo real y supervisión continua le resulta factible contar con un lugar en el que goce de cierta privacidad, de manera que no resulte afectado su derecho a la intimidad.

Sin embargo, existirán otras condiciones, vinculadas más bien a la propia seguridad de las instalaciones del domicilio del trabajador que por su naturaleza son dinámicas e inviables de fiscalización frecuente. Así, no cabría atribuir responsabilidad al empleador por eventuales condiciones inseguras que se hayan presentado en el domicilio del trabajador, máxime si estas no se encontraban presentes al momento de efectuarse la evaluación inicial por parte del empleador.

IX. EL TELETRABAJO Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

La tercerización de servicios constituye uno de los fenómenos más característicos de la producción contemporánea de bienes y servicios y previsiblemente corresponde a la modalidad que ha tenido mayores desarrollos.

En efecto, se asiste a un proceso de descentralización de las actividades que desarrolla la empresa, la cual traslada a contratistas el desarrollo de parte de su proceso productivo. De esta forma, con base en sus propios recursos materiales, técnicos o financieros, y por su cuenta y riesgo, el contratista asume y pasa ser responsable de una parte del proceso productivo de la empresa principal.

Conforme señala Gálvez el *outsourcing* o descentralización implica que "*la lógica productiva se ha compartido dividiendo los procesos productivos cada vez más en establecimientos diferentes ligados entre sí, lo que ha permitido distribuir entre ellos el riesgo empresarial y las pérdidas y ganancias, según relaciones desiguales de poder y de acceso a los mercados*"(20).

(20) GÁLVEZ, Thelma. "Para clasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo". En: *Cuaderno de Investigación* Nº 14. Santiago Dirección del Trabajo, 2001, p. 13.

La tercerización de servicios puede efectuarse con o sin desplazamiento de trabajadores a las instalaciones de la empresa principal. En el primer supuesto, es frecuente que los ordenamientos establezcan un conjunto de medidas destinadas a proteger al trabajador destacado de manera de garantizar el ejercicio de sus derechos, proteger sus créditos laborales y evitar que la tercerización no sea sino una maniobra evasiva de la contratación directa por parte del empleador.

A modo de ejemplo, la legislación peruana regula los requisitos que debe revestir la tercerización con destaque de trabajadores a las instalaciones de la empresa principal. Así, conceptúa a la tercerización como el desarrollo de actividades especializadas u obras a cargo de un contratista que asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo, tiene con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, asume responsabilidad por los resultados de sus actividades y mantiene a sus trabajadores bajo su exclusiva subordinación. El cumplimiento de estos requisitos opera de forma copulativa, de manera que la inobservancia de alguno desvirtúa la tercerización.

Ahora bien, en adición a estos la ley prevé elementos característicos –o no esenciales– que contribuyen a la identificación de la tercerización, tales como la pluralidad de clientes, el equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En cualquier supuesto, se proscribe la simple provisión de personal. De acreditarse la desnaturalización de la tercerización, se reputará que la condición de verdadero empleador corresponde a la empresa principal en la cual se brinda físicamente los servicios.

A ello se agrega que dicha legislación prevé garantías respecto de la salvaguarda de los créditos laborales, estableciéndose que la empresa principal es responsable solidaria por el pago de los derechos laborales que adeude la empresa contratista a los trabajadores destacados por el tiempo que haya durado el destaque. Este hecho ha motivado que la empresa principal fiscalice el cumplimiento de las obligaciones que como patrono debe observar su contratista, ya que de otro modo incurriría en eventuales contingencias derivadas de su responsabilidad solidaria por los créditos laborales. A su vez, se prohíbe que la tercerización de servicios pueda ser instrumentalizada para limitar el ejercicio de derechos colectivos, incluida la proscripción de recurrir a trabajadores destacados para la sustitución de trabajadores en huelga en la empresa principal[21].

(21) Inciso 3 del artículo 7 de la Ley Nº 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización.

La tercerización de servicios sin desplazamiento de personal hacia las instalaciones de la empresa principal no es objeto de regulación por parte de la legislación laboral peruana. En este escenario, los trabajadores brindan sus servicios bajo la órbita del empleador que los ha contratado, careciendo hasta el presente de relevancia jurídica que el contratista opere como una empresa satélite de la empresa principal o que le brinde servicios exclusivos. No corresponde al objeto del presente trabajo abordar las implicancias en esta figura puede conllevar en la protección de los créditos laborales de los trabajadores de la empresa satélite y la responsabilidad que pudiera corresponderle a la empresa principal. Anotamos, simplemente, que en la tercerización de servicios con desplazamiento de personal es el hecho del destaque, esto es, la prestación física de los servicios de los trabajadores en las instalaciones de la empresa principal lo que determina la pertinencia de la aplicación de la regulación protectora aplicable a los trabajadores tercerizados.

Nos interesará más bien resaltar que la tercerización de servicios bajo la modalidad de teletrabajo brindada por un contratista presenta algunos rasgos comunes con la tercerización con desplazamiento físico de personal a las instalaciones de la empresa principal.

Téngase presente que el teletrabajo a cargo de contratistas viene operando en forma intensiva en determinadas actividades, tales como las relativas a reservaciones en la aviación aerocomercial, servicios contables, encuestas de calidad de servicio, venta de productos bancarios, servicios de delivery o entrega a domicilio de diversos productos, entre otros supuestos. Estas actividades pueden ser brindadas por un mismo contratista a una multiplicidad de empresas, y más aún, los servicios del propio personal del contratista pueden ser brindados en favor de una u otra empresa a lo largo de su jornada de trabajo. En estos supuestos, no cabría atribuirle a las empresas receptoras o beneficiarias del teletrabajo responsabilidad alguna por los créditos laborales correspondientes al personal del contratista.

Más aún, una figura frecuente corresponde al caso de la empresa que, vinculada a un grupo empresarial, brinda distintos servicios administrativos y de gestión a las empresas que integran el grupo. En este supuesto, la creación de la empresa de gestión está fundamentalmente destinada a obtener mayores eficiencias y productividad en la conducción administrativa de las empresas del grupo evitándose así duplicidades innecesarias. Si bien no cabría en este supuesto atribuir la condición de verdadero empleador a una de las empresas del grupo, en virtud de que todas ellas son beneficiarias del servicio, ello no es óbice a que podrían ser solidariamente responsables por los créditos laborales correspondientes. Ciertamente, esta opción haría necesario que se produzcan los respectivos desarrollos normativos, habida cuenta que, en

términos generales, la solidaridad solo puede establecerse por ley o por el título de la obligación.

Distinto es el caso de la empresa principal que descentraliza parte de sus actividades recurriendo a un contratista –en cuya constitución incluso podría estar involucrado– para que bajo la modalidad de teletrabajo le brinde sus servicios en exclusividad –y por ende como su único cliente– monitoreando en tiempo real las labores que le son prestadas por el personal mediante la conexión permanente a su servidor.

En este escenario, el contratista tendría la calidad de empresa satélite de la principal, sea que su vinculación opere en forma abierta y transparente o haya sido encubierta. La descentralización en este caso podría haber tenido por objeto abaratar los costos laborales a los que la empresa principal habría quedado expuesta de haber procedido a la contratación directa del personal.

Esta figura no corresponde, pues, a la de un contratista responsable por la prestación autónoma de los servicios contratados, sino ante teletrabajadores que actúan directamente en beneficio y supervisados por la empresa principal, más allá de la presencia formal del contratista y de que los servicios se brinden desde su local.

Así, esta modalidad de tercerización de servicios mediante teletrabajo resulta análoga a desnaturalización de la tercerización de servicios con desplazamiento del personal a las instalaciones de la empresa principal, cuya consecuencia jurídica es que se atribuya la condición de verdadero empleador a la empresa principal como resultado que la subordinación opera, fundamentalmente, respecto de la empresa principal.

En efecto, en este caso el desplazamiento físico de los trabajadores al centro de trabajo de la empresa principal es reemplazado por el ingreso en forma virtual al servidor de la empresa, mientras que la subordinación se manifiesta mediante la fiscalización en tiempo real de las labores brindadas por los teletrabajadores.

Dicho en otros términos, al igual que la tercerización ordinaria resulta desnaturalizada al detectarse que los trabajadores prestan físicamente sus servicios en las instalaciones de la empresa principal sujetos al poder directivo de esta, análogamente en el supuesto descrito cabría atribuir la condición de verdadero empleador a la empresa principal.

Sin embargo, las implicancias de esta tesis resultarán aún mayores si la empresa satélite opera en una jurisdicción distinta en la que los costos laborales son menores. Como bien señala Sanguineti, *"la liberalización del lugar de desarrollo de la labor habilitada por el nuevo entorno tecnológico favorece,*

así, una elección 'a la carta' del régimen de prestación laboral", lo que favorece mecanismos de *dumping* social[22]. En efecto, más allá de supuestos de desnaturalización de la tercerización de servicios por parte de teletrabajadores –que hemos comentado– cabrá igualmente establecer que si el ingreso virtual de los trabajadores al servidor de la empresa principal es equivalente, en las condiciones anotadas, al ingreso físico a las instalaciones de la empresa. Ello abre un sinnúmero de implicancias respecto de la legislación aplicable a estos trabajadores cuando sus servicios son prestados desde otro estado, usualmente en el que priman derechos laborales de menor significación económica.

Si bien mayores reflexiones sobre esta materia desbordarían el alcance de este trabajo, no pueden dejar de anotarse las implicancias que pudieran resultar de atribuir absoluta equivalencia entre el ingreso físico y el ingreso virtual a la empresa principal[23].

X. CONCLUSIONES

1. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, el teletrabajo puede ser conceptuado como la forma de prestar y organizar los servicios del teletrabajador recurriendo a técnicas de telecomunicación, transmisión a distancia de la información y uso de medios informáticos, con base a las cuales el teletrabajador desarrolla sus labores fuera del centro de trabajo manteniendo su condición de subordinado y dependiente del empleador.

2. Corresponden a sus elementos configuradores la actividad no presencial y el uso intensivo de la telemática para la transmisión de la información.

3. El teletrabajo puede presentar claras ventajas para las partes y el medio social, pero igualmente puede ser fuente de perjuicios que no pueden ser soslayados.

4. Entre los aspectos positivos debe destacar la mayor disponibilidad de tiempo del trabajador al eliminarse los cotidianos traslados citadinos.

5. Para el empleador son significativos los ahorros de infraestructura e insumos que el teletrabajo le permite.

(22) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit. p. 22.

(23) Ibídem, p. 77.

6. Entre los aspectos negativos, cabe resaltar los efectos del trabajo en materia de aislamiento y deshumanización de la prestación de los servicios y la afectación de los sentimientos de pertenencia a una organización.

7. El teletrabajo a domicilio no ha tenido hasta el presente un desarrollo significativo, a diferencia de la tercerización de servicios mediante teletrabajo.

8. Tanto el teletrabajo originario como el que corresponde a la novación de las condiciones de trabajo existentes requieren del acuerdo de partes.

9. Deben adoptarse evaluaciones psicológicas que determinen la adecuación del teletrabajo a las condiciones personales del trabajador.

10. La reversión del acuerdo sobre teletrabajo no debería corresponder exclusivamente al empleador sino extenderse al teletrabajador si acredita que el teletrabajo le viene ocasionando perjuicios objetivos.

11. El teletrabajo presenta particulares desafíos para el ejercicio de derechos colectivos que exige a las organizaciones sindicales singulares capacidades de respuesta, sin perjuicio que los ordenamientos podrían regular las garantías de participación de los teletrabajadores en asambleas no presenciales.

12. La seguridad y salud en el trabajo de los teletrabajadores debe ser materia de constante monitoreo, en particular por los riesgos psicológicos involucrados.

13. La tercerización de servicios mediante teletrabajo viene presentando un desarrollo exponencial.

14. En la tercerización de servicios ordinaria el contratista asume responsabilidad por el resultado de sus actividades y destaca trabajadores –sobre los que ejerce el poder de dirección– a las instalaciones de la empresa principal. Si el personal presta sus servicios en forma subordinada a la empresa principal se desnaturaliza la tercerización, estimándose que se trata de una mera provisión de personal reputándose a la empresa principal la condición de verdadero empleador.

15. En la tercerización de servicios mediante teletrabajo se puede producir análoga desnaturalización mediante el ingreso permanente al servidor de la empresa principal si esta supervisa y dirige en tiempo real y de manera continua los servicios que le son brindados por los teletrabajadores del contratista.

TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ

LUIGINO PILOTTO CARREÑO[1]

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Históricamente, dentro de nuestro país, el trabajo infantil fue visto o quiso ser visto, como una forma de coadyuvar en la economía familiar, así como una manera de inculcar, en los niños, la costumbre del trabajo y, a través de ello, cooperar en la formación de valores de la población.

Bajo ese tipo de pretextos se cometieron actos que podrían ser considerados como atentatorios de los derechos de esos mismos niños, pues no solo no se les permite un desarrollo regular, asumiendo conductas no propias de su edad, alejándolos de juegos y de amigos, actos que a los ojos de algunos padres parecieran pueriles pero que, sin embargo, forman parte del proceso de aprender a vivir como sociedad. En algunos casos, la preeminencia del trabajo sobre la formación infantil llega a alejar a los niños de los centros de instrucción para cumplir con las labores que su propia familia le asigna.

En múltiples ocasiones, principalmente en las regiones más alejadas de nuestro país, en las que los índices de pobreza son mayores, niños y niñas se ven afectados por el desempeño de largas jornadas de trabajo, a veces nocturnas o riesgosas, para las cuales no están preparados, ni física, ni sicológicamente. No nos referimos solo a las jornadas laborales en el campo, realizando faenas agropecuarias no propias para ellos, sino también a las labores mineras,

(1) Profesor de la Universidad ESAN. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Bologna-Italia.

en contacto con sustancias altamente tóxicas. Ejemplos de estos casos en nuestro país hay muchos, que van de la minería informal hasta la trata de menores, entre muchos otros resaltados por nuestra prensa local en los últimos años.

Sin embargo, no es necesario desplazarse fuera de Lima para tener ejemplos de explotación infantil. Algunos de ellos están tan cerca de nosotros y lo peor de todo es que no nos damos cuenta –o no queremos darnos cuenta–. Lo tenemos como algo natural, que forma parte de nuestro entorno y, por lo tanto, dentro de nuestra "normalidad" o cotidianeidad. No nos extraña ver niños que piden limosna en las calles o que venden caramelos, que limpian vidrios de automóviles o que ayudan a vender o a transportar productos en los mercados, y que llegan a realidades tan crudas como estar inmersos y ser víctimas de la prostitución infantil o del tráfico ilícito de drogas. Incluso, en algunos casos, ojalá ya sean menos, podemos encontrarlos desarrollando labores domésticas en algunas casas de familia.

Así, con una realidad como la nuestra, cabe preguntarse ¿qué se ha hecho para erradicar esta lacra? ¿Es suficiente o se puede hacer más? ¿Es el Estado el responsable de cambiar esta realidad? Preguntas como esas resuenan en las cabezas de quienes nos indignamos y protestamos contra este cuadro. Pero también deberíamos preguntarnos ¿qué hacemos nosotros para cambiar esta realidad? Si no hacemos algo, somos parte del problema y no de la solución.

El Estado hace su parte. Algunos pueden decir que es insuficiente, tal vez lo sea ante un problema de gran magnitud. Otros reconocen avances pero que están supeditados a los recursos de nuestro país o a los que sean asignados para buscar una solución, los que dependen a su vez de las prioridades de los gobiernos de turno.

Normativamente tenemos una amplia gama de dispositivos que regula el tratamiento que debe otorgarse a este problema. Para empezar, se identifica a la faja de protección. De acuerdo con el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad (...)". Según el Censo poblacional del año 2007, existen en el Perú dentro de la franja etaria de cero a catorce años, 8 357 500 personas. Si a esos datos sumamos lo señalado por el señor Luis Jacobs, el 21 de junio del 2009, en su calidad de presidente del Comité para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil del Ministerio de Trabajo, "casi dos millones de niños trabajan en el país, la mayoría en el sector rural", podemos darnos cuenta de la magnitud del problema.

En una reciente publicación del Ministerio de Trabajo[2], se aprecia lo siguiente:

> *"De acuerdo con la ENAHO 2011 (ver cuadro 5), del total de 7,1 millones de niños, niñas y adolescentes de 6 a 17 años, 1,65 millones (23,4 %) se encuentran trabajando. De ellos, alrededor de 832,000 (18.4 %) son niños que tienen entre 6 a 13 años (trabajo por debajo de la edad mínima legal de admisión al empleo), mientras que 826,000 (32,0 %) son adolescentes de 14 a 17 años, que cuentan con la edad permitida para trabajar. De estos últimos, 33,9 % realiza trabajos considerados peligrosos pues laboran 36 o más horas semanales".*

CUADRO 5

MAGNITUD DEL TRABAJO INFANTIL			
POBLACIÓN	**GRUPOS DE EDAD**		
	6-13	**14-17**	**TOTAL**
Población de niños y niñas de 6 a 17 años (en miles)	4520	2582	7103
Niños y niñas que trabajan (en miles)	832	826	1659
Proporción (%) de niños y niñas que trabajan respecto población total del grupo etario	18,4 %	32,0 %	23,4 %
Adolescentes de 14 a 17 años en trabajo peligroso por condición: 36 a más horas por semana (en miles)	n.d.	305	305
Proporción (%) de adolescentes en trabajo peligroso por condición (36 a más horas por semana) respecto población total del grupo etario	n.d.	39 %	39 %

Fuente: ENAHO 2011

Como puede apreciarse, en estas estadísticas el porcentaje no cambió mucho entre el 2009 y el 2011. Ejemplo de esta situación lo vemos en el estudio del Centro de Estudios Sociales y Publicaciones (CESIP) y por la Municipalidad Metropolitana de Lima, a un universo cercano de 7000 menores de entre 8 y 14 años de edad y que trabajan en el Cercado de Lima. De este se desprende que el 95 % tiene en promedio tres años de atraso escolar y 30 % no ha empezado aún el colegio[3].

Confrontados estos datos con las tasas nacionales de inasistencia escolar (7 % en niños de 6 a 11 años y 29 % en adolescentes de 11 a 16 años) y la

(2) Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021.

(3) Restitución de derechos y oportunidades para niñas, niños y adolescentes que trabajan en la calle - Cercado de Lima.

de repetición de año escolar (14 % anual, ambos datos según la Encuesta Nacional de Hogares 2006) podríamos pensar que varios miles de niños y adolescentes deben sacrificar el estudio por el trabajo. En lo que va del 2013, este porcentaje fue de 5,8 % en niños de 6 a 11 años y de 17,8 % en adolescentes de 11 a 16 años.

Deducimos que, de acuerdo con datos brindados por el propio Estado, cerca del 25 % de la población infantil del Perú, trabaja y, como consecuencia de ello, no accede a la educación, lo que plantea algunas interrogantes sobre, si este es el presente que le damos a nuestros hijos, ¿cuál será el futuro al que podrán aspirar? Y si ellos son el futuro del Perú, ¿qué podemos esperar más adelante?

Ciertamente, quienes tienen hijos trabajando pueden enumerar muchos argumentos de sustento como: pobreza, ruptura del núcleo familiar, hogares de padres separados o fallecidos, migración del campo a la ciudad, entre otros. Sin embargo, ¿qué hacemos, como sociedad, para evitar que estas situaciones se presenten?

Nuestra principal inversión a futuro es nuestra población y, en especial, los niños que la integran. Así lo entienden otros países con mayores niveles de inversión en política social. Debe procurarse mejorar las condiciones de vida de la sociedad en general. Resulta bonito y fácil decirlo, pero no es tan sencillo de implementar, máxime si las brechas son muy amplias. Para empezar, la sociedad en general debe entender que cuando se destinan recursos a educación, salud y actividades lúdicas para niños no se gasta sino que se invierte a futuro, se busca bienestar individual, pero también colectivo que repercutirá en todo nuestro país.

Eso se desprende más claramente de un estudio sobre trabajo infantil en 19 países iberoamericanos –entre ellos Perú– realizado por la Oficina Internacional de Trabajo (OIT). En ese documento se concluye que si se invierte en los niños, dándoles educación, acceso a sistemas de salud e impidiendo cuando menos las peores formas de trabajo infantil, podría lograrse un beneficio económico neto que superaría los US$ 235 000 millones en dichos países durante los próximos 20 años[4]. Es decir, lo que se invierte en la niñez y en la juventud revierte con creces a la economía de nuestro país.

(4) OIT. *Trabajo Infantil. Causa efecto de la perpetuación de la pobreza*. 2007.

La Oficina Regional de la OIT, en una nota de prensa de 12 de junio de 2013, nos recordó que: En la región aún hay 14 millones de niños y niñas trabajando, y que parte importante de ellos realiza labores domésticas en hogares de terceros.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Para la OIT, es trabajo infantil *"(...) toda actividad laboral que es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañina para el niño, e interfiere en su escolarización privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándoles a abandonar prematuramente las aulas o exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado"* (OIT, 1999). Por lo tanto, es todo aquel trabajo que *"priva a los niños de su infancia, de su potencial y de su dignidad"* (OIT, 1999). Así, no todos los niños, niñas y adolescentes que realizan "quehaceres para el propio hogar" desempeñan trabajo infantil propiamente tal"[5] Esta definición resulta tan clara y cruda que nos enerva de cualquier comentario posterior.

Para comprender el ámbito de aplicación de este concepto, se debe tener presente el Convenio Nº 182 de la OIT sobre Eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y de los adolescentes, el cual, en su artículo 2 determina que niño es toda persona menor de 18 años; es decir, un ámbito mayor al contemplado por nuestras normas internas. Cabe precisar que este convenio fue ratificado por el Perú desde el 10 de enero del 2002 y, por lo tanto, parte integrante de nuestra legislación.

Asimismo, en su artículo 3, considera que la expresión "las peores formas de trabajo infantil" abarca:

a) "Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

(5) SILVA GÜIRALDES, María Jesús. *Niñas, niños y adolescentes: los riesgos de un trabajo invisible para el propio hogar.* Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2005. p. 13.

c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños".[6]

De otro lado, el Convenio Nº 138 de la OIT, sobre la edad mínima, ratificado por el Perú el 13 de noviembre de 2002, establece en su artículo 7, la definición de trabajo ligero, entendiéndose por este a aquella labor que no perjudique la salud ni el desarrollo del niño y que le permitan asistir a la escuela o a los sistemas de enseñanza que establezca cada Estado, incluyendo aquellos sistemas de formación profesional. Como se puede desprender de esta definición, así se trate de sistemas de aprendizaje o formación, los jóvenes no pueden realizar trabajos peligrosos, pues atentan contra su salud y desarrollo. Esto se sustenta también en la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ratificado por el Perú el 5 de septiembre de 1990, en la cual dispone *"Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpezca su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social"*[7].

Conceptos como los esbozados, comprendidos en las normas jurídicas (convenios y recomendaciones aprobadas por la OIT, así como en la legislación nacional de los distintos países), ofrecen una base legislativa primaria para todas las acciones relativas al trabajo infantil y trazan una clara línea entre las formas de trabajo de los niños que son aceptables para las sociedades y aquellas que no la son. Dichas definiciones jurídicas son importantes para determinar las medidas de cumplimiento, pues proporcionan una base para que las autoridades competentes actúen en caso de infracción y determinen las sanciones a quienes resulten responsables.

Sin embargo, no es todo lo que se puede hacer al respecto. El Estado tiene, adicionalmente, otras tareas preponderantes en la solución de este problema. En el año 2007, la OIT realizó un trabajo de *Recopilación de las respuestas políticas y legislativas modernas al trabajo infantil*, el cual reúne una serie

(6) Convenio Nº 182º artículo 3. En: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

(7) Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 32. En <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm>.

de políticas que diversos países en el mundo adoptaron para establecer los límites de lo permitido y lo no permitido dentro de la esfera del trabajo infantil.

Así, vemos que no solo existen limitaciones relacionadas con la edad del menor y el tipo de trabajo que pueda realizar, sino con el consentimiento de los padres con el que deben contar, así como con la capacitación previa que deben recibir los menores, las facultades que deben otorgarse a los medios de inspección laboral y a la Policía Nacional para combatir las trasgresiones a las normas, entre otros aspectos.

De otro lado, como una forma de paliar el problema, la Organización Regional Interamericana de Trabajadores de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres-ORIT/ CIOSL[8], en su *Plan Continental para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2009*, estableció un programa de actividades específicas que contribuirán con este fin, a desarrollarse en dos etapas. Con esto se busca coadyuvar con la eliminación del trabajo infantil en la región.

Entre las acciones a desarrollar figura instalar el tema en la agenda sindical, la capacitación y formación de cuadros dirigentes en el tema, recopilación y difusión de experiencias, organizar y fortalecer espacios de atención del problema a nivel local, entre otras. Sería conveniente, a un año de que se cumpla el plazo establecido en el documento, conocer más ampliamente cuáles han sido los avances sobre la materia.

III. LA PROBLEMÁTICA EN AMÉRICA LATINA

El trabajo infantil en Latinoamérica es un problema de gran magnitud. Tiene sus raíces en múltiples causas de tipo económico, social o cultural. Sin embargo, no son las únicas. La hasta ahora escasa capacidad nacional y regional para formular políticas que permitan combatir esta lacra y un aparente desinterés en aplicarlas cuando estas existen, hacen que se complique aún más el panorama.

(8) Cabe precisa que la ORIT/CIOSL apoyó en la creación de la Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas, el 26 de noviembre de 2006, en Lima, participando dentro de esta última, las siguientes Confederaciones del Perú: Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP);

Como consecuencia, la mayoría de estados en América Latina no consideran la lucha para la erradicación del trabajo infantil como objetivo estratégico de desarrollo nacional. Así, pueden apreciarse importantes debilidades en temas de capacitación y educación; coordinación y articulación de políticas a adoptar; e incluso contradicciones normativas. Se suman dificultades en el control de normas, a través del sistema de inspección laboral o de la Policía Nacional, de ser el caso. Todo esto lleva a considerar que la información sobre el ámbito del problema, es poco fiable en toda la Región.

Tal como menciona el informe *Trabajo infantil - causa efecto de la perpetuación de la pobreza*, realizado por la OIT en el 2007, solo dos de los 18 países analizados, dentro de sus planes de acción contra el trabajo infantil, lograban a dicha fecha un completo tratamiento del tema: Brasil y Colombia. Estos, además de señalar el problema, determinan objetivos, metas y acciones específicas, así como recursos necesarios para realizarlos. Otros dos países, Bolivia y Ecuador, le dan adecuada importancia al tema, aunque no con la profundidad de los dos anteriores. Cuatro países, El Salvador, México, Panamá y Paraguay, se refieren al tema del trabajo infantil pero no destacan las acciones concretas que realizarán, los responsables de cada una, los indicadores de seguimiento, ni los costos estimados de las acciones.

De otro lado, según cifras contenidas en el Informe Global de la OIT *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*, para el año 2004 5,1 % de niños y niñas entre 5 y 14 años, participaban en actividades económicas. Cuando los cálculos se realizan de 5 a 17 años, esta proporción crece (llega al 20 % de los niños de la región) de los cuales, 18,5 millones (13 % de los niños de la región) desarrollan trabajos que deberían ser abolidos para ellos[9].

Esta situación repercute no solo en los propios niños, niñas y adolescentes, así como en sus familias, sino también compromete el futuro de nuestros países pues tres de cada cuatro niños que trabajan abandonan sus estudios. Si tomamos las últimas estadísticas de la OIT y aplicamos este segundo factor, también otorgado por la misma entidad[10], tenemos una visión real de la magnitud del problema, pues hablamos que en América Latina y el Caribe, cerca de 21 millones de niños dejan la escuela.

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "El trabajo infantil por abolir en América Latina y el Caribe". En: *Panorama Laboral* 2004. p. 73.

(10) En: <http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=23&pagina=190>.

La labor para eliminar el trabajo infantil y las peores forma de explotación de los niños, dentro de los plazos previstos por la OIT (año 2015), requiere una acción coordinada entre el Estado y la sociedad civil, representada por organizaciones de trabajadores, de empleadores y demás componentes; es decir, es tarea de todos.

En el ámbito eminentemente laboral, los sindicatos están dentro de la esfera inmediata de control para el cumplimiento de cualquier norma y condiciones de trabajo. Esto permitiría la prevención de abusos laborales contra niños y adolescentes. Asimismo, los organismos representantes de los trabajadores, con un sistema funcional determinado, permiten educar a los demás trabajadores sobre la importancia del tema, así como sobre la necesidad de ofrecer una adecuada educación a sus hijos.

Incluso, a través de mecanismos de negociación colectiva, puede pactarse la prestación de servicios como becas escolares, guardería infantil u otras que reduzcan el impacto de las condiciones económicas que contribuyen con el ingreso temprano de niños a la actividad laboral. También los empleadores tienen un papel directo y trascendente en la prevención y eliminación del trabajo infantil. No puede ni debe quedar solo en declaraciones de intención, deben generarse compromisos que creen una barrera de acceso al trabajo para personas menores de edad, principalmente en modalidades conocidas como las peores formas de explotación infantil.

Aunque la participación parcial de los empleadores permite determinar políticas, identificar sectores con mano de obra infantil, desarrollar programas de formación profesional, entre otras actividades, de no existir un verdadero compromiso del empresariado, será muy difícil realizar avances significativos en la lucha contra este mal, máxime si conocemos las deficiencias de los Estados Latinoamericanos y del Caribe, con sus actuales sistemas de control (inspecciones laborales o intervenciones policiales) que, por falta de recursos, no tienen la cobertura necesaria para satisfacer la exigencia de una supervisión completa.

IV. ANÁLISIS SITUACIONAL DE LA REALIDAD NACIONAL

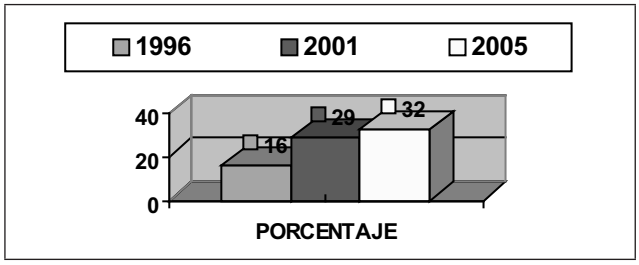
Resulta necesario conocer cuál es el alcance del problema del trabajo infantil en nuestro país, para lo cual primero veremos algunas cifras que graficarán objetivamente de qué estamos hablando.

1. Algunas cifras sobre nuestra realidad

Los números, en el caso peruano, no son halagüeños. Ya el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil para los años 2005-2010, sustentado en las ENAHO de los años 1996, 2001 y 2005, muestra la siguiente evolución, en cuanto a porcentaje de niños trabajadores entre los 6 y 17 años:

AÑO	PORCENTAJE
1996	16
2001	29
2005	32

Como apreciamos en el siguiente gráfico, los datos del cuadro revelaban una tendencia al alza, al duplicar literalmente el porcentaje que se tenía en 1996.

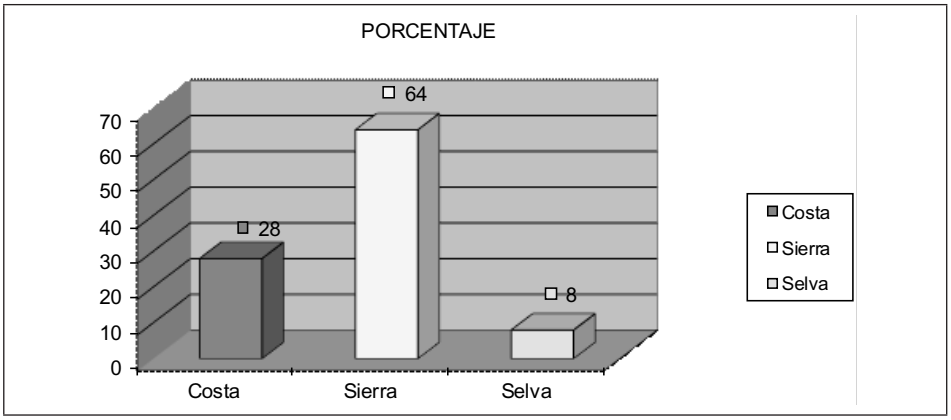


De las cifras, 54 % eran varones y 46 % mujeres (equiparidad entre géneros), no había preferencias en cuanto a la incorporación laboral prematura. Si lo vemos desde el punto de vista de distribución entre áreas de residencia (el campo y la ciudad), se podía ver la siguiente evolución:

AÑO	POBLACIÓN RURAL	PPOBLACIÓN URBANA
1996	67	33
2001	70	30

En los años que se realizó la muestra, la distribución rural-urbana se mantenía prácticamente estable en los mismos niveles iniciales, tomados en el año 1996, con un muy ligero incremento en la población rural. Debe precisarse que, de este porcentaje, 92 % de quienes tenían entre 6 y 13 años, se dedican a labores de pastoreo.

La distribución por área geográfica era de la siguiente manera:



La Estrategia Nacional para La Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012–2021, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, actualizó los porcentajes mencionados. Estos cambiaron ligeramente. A la fecha, la incidencia de trabajo infantil en la misma faja etaria (6 a 17 años) es 23,4 %. De este porcentaje, el 58,7 % corresponde a las zonas rurales, contra el 41,3 % en las zonas urbanas. El trabajo infantil siempre fue predominantemente rural en el grupo de 6 a 13 años (67,5 % del total); esta situación cambia en el grupo de los adolescentes de entre 14 y 17 años, en que los porcentajes son similares (50,3 % urbana y 49,7 % rural).

Ahora, si bien es cierto que existen cifras sobre el tamaño del problema y estas, por sí mismas, resultan preocupantes, también lo es que quedan dudas sobre la certeza de estas, pues existen zonas poco accesibles o visitadas, como pueblos alejados de las ciudades, asentamientos mineros clandestinos e, incluso, las mismas casas en ciudades, en las que se realiza trabajo doméstico y que no necesariamente pueden ser fácilmente contabilizadas. Por ello, sugerimos tener estas cantidades como referenciales de un problema que, probablemente, sea mayor a aquel que se refleja.

Ya en el año 2006, en el estudio realizado por la OIT, denominado *Trabajo infantil –Estudio de opinión pública en el Perú– Resumen del estudio*, establecía:

PORCENTAJE DE ENTREVISTADOS QUE HAN VISTO EN EL ÚLTIMO MES NIÑOS O NIÑAS QUE REALIZAN LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES
porcentaje de respuestas afirmativas

Actividades	Total %	Dominio		Nivel Socioeconómico			
		Lima y Callao	Interior Urbano	Interior Rural	A/B	C	D/E
Vendía en la calle caramelos, flores, tarjetas, diarios, etc.	89,0	89,1	93,8	52,2	91,0	90,3	87,1

Vendía en puestos de mercado/ bodegas/tiendas	81,6	81,4	85,5	55,5	72,7	82,6	83,3
Lustraba zapatos	80,7	79,9	87,3	44,3	84,1	81,2	78,8
Recolectaba residuos o cartones	79,3	81,5	80,5	43,9	75,2	81,7	79,1
Cuidaba o lavaba carros	78,9	79,2	83,2	44,2	87,2	81,6	74,1
Limpiaba vidrios o parabrisas	76,0	79,3	75,6	38,7	86,4	78,5	70,7
Pedía limosna, ropa o comida	73,7	71,7	82,7	34,3	86,1	75,1	68,7
Acompañaba a adultos que vendían en la calle	70,3	70,0	74,1	48,7	78,0	70,6	67,1
Se encargaba del cuidado de la casa en vez de sus padres	66,1	65,3	64,7	87,0	51,8	63,7	72,8
Hacía malabares y espectáculos en la calle	62,6	69,2	56,9	19,6	83,1	64,0	54,6
Realizaba las tareas domésticas en hogares de personas que no son su familia cercana	60,3	59,6	60,4	67,5	51,8	60,7	63,4
Tejía o hacía artesanías	53,6	52,9	52,9	67,2	44,6	54,8	56,3
Apoyaba a sus padres en actividades de cosecha y siembra en la chacra	51,8	42,7	61,7	97,3	38,9	47,1	60,0
Arreaba ganado, recogía leña, etc.	44,0	33,7	54,9	96,4	33,1	36,3	53,1
Participaba en comerciales de televisión, en películas de cine o en series de televisión	42,7	49,4	35,1	11,7	67,5	43,1	33,8
Guiaba turistas	29,8	27,2	34,1	31,4	34,3	29,2	28,4

En él se aprecia que el problema del trabajo infantil está en todo espacio geográfico de nuestro país y es visible para todos los ámbitos sociales. Asimismo, muchas de las labores que podríamos considerar como parte del paisaje de la ciudad son, realmente, formas bastante duras de trabajo infantil, que damos por sentado.

De acuerdo con la OIT, el Perú, dentro de la faja de 5 a 11 años, tiene el porcentaje más alto de niños trabajadores de la región (alcanza el 20,7 %) seguido de Bolivia (15,6 %), República Dominicana (11,4 %) y Ecuador (10,1 %).(11) Esto se sustenta en la encuesta del año 2001, a que hacemos referencia en párrafos precedentes(12).

Esta publicación señala también que *"Entre la población de 12-14 años, Guatemala presenta la mayor tasa de trabajo infantil (34,5 %), seguido de Bolivia (29,8 %), y muy de cerca, por Perú y Ecuador (28 % cada uno). Luego*

(11) PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza,* 2007, p. 14.

(12) Ídem.

están Paraguay, República Dominicana, Honduras y Nicaragua con tasas entre 20 % y 25 %"[13].

2. Algunas precisiones sobre el caso peruano

En el Perú aún falta mucho por hacer, pese a que como país adoptamos pasos consistentes en el sentido correcto. Nos referimos, por ejemplo, a la dación de normas como el Decreto Supremo Nº 007-2006-MIMDES, por el que se aprueba la Relación de Trabajos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Física o Moral de las y los Adolescentes, al Decreto Supremo Nº 008-2005-TR, que aprueba el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-2002-PROMUDEH, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 -PNAIA 2012-2021, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP, la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, 2012-2021–ENPETI, aprobada por Decreto Supremo N° 015-2012-TR, así como a la aprobación de leyes como la 28251, que establece políticas y penas para combatir la explotación sexual de infantes y adolescentes, y la adopción de programas como Projoven o Construyendo Perú, implementados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que fomentan el incremento del empleo legal entre los más jóvenes.

A estos esfuerzos, se suman los del sector educación, que mediante R.S. Nº 001-2007-ED, aprobó el Proyecto Educativo Nacional al 2021, que contiene acciones que permitirían combatir ciertos aspectos relacionados con el ausentismo y la deserción escolar, efectos importantes del incremento de trabajo infantil. Sin embargo, acepta que el Estado, a través de su política educativa, *"(...) no ha logrado reconocer en toda su dimensión a un sector tan vulnerable como el de la niñez trabajadora"*[14]. Adicionalmente, se ha creado, dentro de la Ley General de Educación, Ley Nº 28044, la denominada Educación Básica Alternativa (EBA, reglamentada por Decreto Supremo Nº 015-2004-ED), la cual admite a niños desde los 9 años que no han podido ingresar al sistema de Educación Básica Regular. Por otro lado, el Plan Nacional de Prevención y Erradicación de Trabajo Infantil (2006-2010) tuvo entre sus metas que, por lo menos 50 % de las municipalidades distritales del

(13) Ídem.

(14) Proyecto Educativo Nacional al 2021: La educación que queremos para el Perú, p. 53.

país, cuenten con un registro de trabajo infantil en el que se pueda identificar a menores con trabajos riesgosos. No hemos ubicado los resultados de la aplicación de estas medidas.

Pero ¿cuál es la causa principal de una situación como la bosquejada en los párrafos precedentes? De acuerdo con el INEI y la UNICEF, el trabajo infantil en el Perú está asociado principalmente con los altos niveles de pobreza. De acuerdo con ese estudio, el 39 % de los niños que trabaja pertenece al estrato de pobreza extrema, el 22 % a los pobres no extremos y el 20 % a las familias no pobres.(15) Sin embargo, pese a que este es un factor importante, no es el único a considerar, pues, por ejemplo, en el caso de extrema pobreza, existe 61 % de niños que no trabaja y en el caso de familias no pobres, existe 20 % de niños trabajadores, cuando no sería del todo indispensable su participación en la economía familiar.

Consideramos que otro factor que contribuye a este fenómeno en el Perú es el cultural. La población, principalmente en los Andes, considera al trabajo infantil como algo positivo, que permite formar la personalidad de los niños. Es decir, no solo lo ven como conveniente, desde el punto de vista económico, sino que también, consideran que es una situación correcta y, a veces, hasta necesaria, pues les permite aprender un oficio u ocupación, alejándolos de situaciones indeseadas. Si añadimos a esto problemas de cobertura, en cuanto a infraestructura escolar y a calidad de la educación, reflejados en bajos niveles internacionales obtenidos por alumnos peruanos, tenemos factores que repercuten en el crecimiento del fenómeno. Para qué va el hijo a la escuela, si lo que recibe no sirve de nada o de muy poco.

Asimismo, ha existido un aparente bajo interés o poca capacidad del Estado para resolver problemas relacionados con el trabajo infantil y con sus causas. Esto nos da un cuadro más cercano de los fundamentos del problema. Sin embargo, estos factores coadyuvantes al de la pobreza no son tomados en consideración, ni siquiera por la sociedad civil. En un estudio realizado por la OIT en el 2006, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre una muestra de 1604 personas a nivel nacional, se obtuvo como resultados que 60 % de los entrevistados considera a la pobreza y a la precariedad, como generadoras de la necesidad de que todos los miembros de una familia

(15) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA Y EL FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *El estado de la niñez en el Perú*. 2004, p. 59.

trabajen, incluyendo a los niños[16]. Ahora, vistas las posibles causas del fenómeno, debemos analizar sus posibles consecuencias.

Una de las secuelas más graves del trabajo infantil, la encontramos en el nivel de estudios de la población. Según el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, uno de cada cinco menores de edad entre los 6 y 17 años, no llega a estudiar. En la faja etaria de entre 14 y 17 años de edad, 41 % de los niños que trabaja, no asiste a la escuela; mientras que, entre quienes no trabajan, es 13 %. Es decir, existen tres veces más posibilidades de deserción escolar entre un niño que trabaja y uno que no desempeña labor alguna[17]. En la encuesta mencionada, 67,9 % de los encuestados, considera que el trabajo infantil influye negativamente en el desempeño escolar y 16,1 % lo considera factor muy negativo que influye en la ineficiencia del alumno en la escuela[18].

Al analizar la tasa de asistencia escolar, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares 2011, según la condición de actividad de los niños, se verifica que tanto para el grupo de 6 a 13 años, como para los adolescentes de 14 a 17 años, la asistencia escolar se reduce cuando trabajan. Esta disminuye de 96,1 % a 90,8 % entre los niños de 6 a 13 años, si el infante combina estudio y trabajo. En los adolescentes el caso es aún más grave: pues la asistencia escolar se reduce más de 20 % cuando pasan de dedicación exclusiva al estudio a la combinación entre estudio y trabajo.

Si a esto sumamos los resultados de retraso escolar, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares de 1999, entre los niños trabajadores que tienen entre 14 y 17 años, el 49 % tiene retraso escolar, porcentaje que disminuye a 32 % entre quienes no trabajan. En la del 2011, la misma encuesta arrojó los siguientes números:

(16) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EL FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Trabajo Infantil. Estudio de Opinión Pública en el Perú.* Resumen, p. 11.

(17) Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, pp. 19 y 23.

(18) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EL FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Ob. cit., p. 11.

Trabajo infantil y rezago escolar, por género y dominio geográfico												
Rezago escolar / rangos de edad	No trabajan						Trabajan					
	Niño			Niña			Niño			Niña		
	Rural	Urbano	Total	Rural	Urbano	Total	**Rural**	**Urbano**	**Total**	**Rural**	**Urbano**	**Total**
[6-13 años] *(en miles)*												
Sin rezago	264	286	1221	1484	1231	1517	196	116	311	159	99	258
Con rezago	115	256	371	102	214	316	109	29	139	98	26	124
Total	378	1477	1856	388	1445	**1832**	**305**	**145**	**450**	**257**	**125**	**382**
[14-17 años] *(en miles)*												
Sin rezago	64	490	554	81	572	653	120	152	271	94	126	220
Con rezago	71	232	304	65	181	245	119	87	206	78	51	129
Total	135	723	858	146	**752**	**898**	**238**	**239**	**477**	**172**	**177**	**349**
Porcentaje con rezago escolar												
[6-13 años]	30,3	17,4	20,0	26,4	14,8	17,2	35,8	20,2	30,8	38,1	21,0	32,5
[14-17 años]	52,8	32,2	35,4	44,2	24,0	27,3	49,9	36,5	43,2	45,4	28,6	36,9

Estas cifras son preocupantes. Una de las principales inversiones del país debe ser la educación. Los niños que trabajan no están debidamente preparados para ser competitivos laboralmente a futuro, limitando sus posibilidades de acceder a mejores opciones de trabajo. Esto mantiene e incluso empeora los niveles de pobreza de la nación. En el corto plazo, genera ingresos a las familias, pero las condena a mantener las mismas condiciones de necesidad, alimentando el círculo vicioso. Las consecuencias para nuestro país también son contrarias. No solo limitan las posibilidades de éxito del individuo, sino el grado de competitividad nacional: mano de obra no calificada, no se adapta a las necesidades de un mercado moderno y competitivo. Igualmente, reduce las posibilidades de mejora económica del país, incluyendo posibles inversiones de alta tecnología que requiera personal calificado. Con mejora en la calidad de la educación, los niveles de asistencia y el rendimiento estudiantil suben se obtienen trabajadores mejor calificados, que podrán afrontar mejor los retos del mercado global. La mejora de los niveles remunerativos, influye positivamente en el mercado y se convierte en un factor adicional de progreso.

Ejemplo interesante de la trascendencia de la educación en el proceso de mejora de la capacidad económica de un país es el caso de Singapur. Es un país de 657 km^2, con una población de 5 353 494 habitantes, con un ingreso per cápita de US$ 52 000 al año, noveno en el mundo (por encima de

EE. UU.). ¿Cómo hizo para convertirse en una economía líder a nivel mundial, en un tiempo relativamente corto? Según el periodista Andrés Oppenheimer en su libro *Basta de historias*, se debió a la educación y a la inversión que el Estado hizo en ella. De acuerdo con la OIT, *"Cuando se consideran conjuntamente la tasa de trabajo infantil y el gasto público per cápita en educación, hay una fuerte correlación negativa, con un coeficiente de –0,62. Es clara entonces la importancia de este gasto para la reducción del trabajo infantil"*[19].

Otro factor importante que incide es el gasto social: hasta qué punto se satisfacen las necesidades básicas de la población y cómo su desatención influye en el incremento de la pobreza y en el trabajo infantil. El mismo estudio de la OIT evidencia que en el año 2000 nuestro país tenía el índice de trabajo infantil más alto en la región y una inversión en gasto social per cápita inferior a US$ 200,00, mientras que Costa Rica y Chile, tenían un bajo porcentaje de niños entre 5 y 14 años trabajando y un gasto social per cápita cercano a US$ 800,00.

Adicionalmente, un aspecto negativo vinculado con el trabajo infantil es el de la salud, principalmente en las conocidas como peores formas de trabajo infantil, dentro de las que están, por ejemplo, la trata sexual, en que personas inescrupulosas extraen a niños de sus hogares en provincias, enviándolos a las grandes ciudades con promesas falsas para utilizarlos en el ilegal negocio de explotación sexual. Un caso emblemático sucede en Iquitos. Un análisis realizado por la Corte Superior de Justicia de Loreto en octubre de 2005[20], arrojó las siguientes escalofriantes cifras:

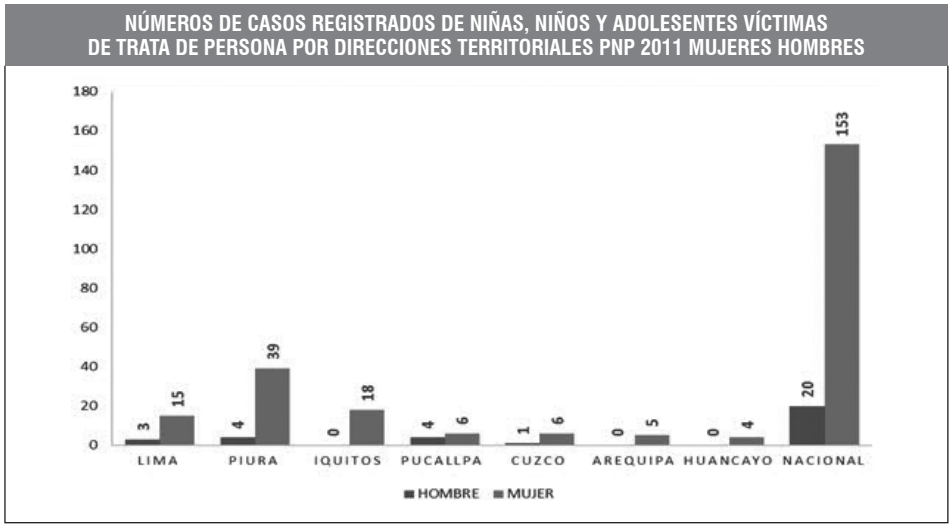
Delito	INDICADORES ADM.			AGRAVIADO					
				MUJER			HOMBRE		
	Nº CASOS DENUNCIADOS	Nº DE CASOS EN PROCESO	Nº DE CASOS SENTENCIADOS	0-6 AÑOS	6-12 AÑOS	12-17 AÑOS	0-6 AÑOS	6-12 AÑOS	12-17 AÑOS
Violación sexual	38	37	53		3	20	2		
Violación sexual por menor de 14 años	103	82	317	27	112	176	4	21	14
Actos contra el pudor	23	17	55	9	23	17	5	6	

(19) PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 23.

(20) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Situación de la Aplicación de la Ley Nº 28251, para el Combate a la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, p. 33.

Contra el pudor por menores	30	20	29	2	19	11	1	1	
Trata con fines de esclavitud sexual	1		1						

Es más que inquietante pensar en que estas cifras pueden ser más graves si se analizan las del país en conjunto. La utilización, captación u oferta de niños para ejercer la prostitución o para participar en actividades pornográficas están entre las peores formas de explotación infantil. Supone anular los derechos fundamentales, la dignidad, la autonomía y el bienestar físico y mental de los niños. Es duro, pero en ciertos casos, el intermediario es uno de los padres o un miembro de la familia, que obliga a los niños a relaciones sexuales con adultos a cambio de dinero o de sustento para la familia. La explotación infantil no solo altera sicológicamente al menor, creando taras muy difíciles de superar, sino que también pone en alto riesgo la salud física del mismo, como resulta evidente. Veamos las estadísticas policiales al respecto:



Fuente: RETA.- Registro y Estadística del Delito de Trata dePersonas y Afines -PNP2011

Sin embargo, no es la única forma de explotación que pone en riesgo la salud de los menores involucrados. En la minería artesanal sucede algo similar. De acuerdo con el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, se creía, en números gruesos, que cerca de 50 000 niños participaban en esta actividad, principalmente en Madre de Dios, Puno,

Ayacucho, Ica, La Libertad y Arequipa[21]. En estos casos, no solo se está expuesto a insumos químicos, como el arsénico en los lavaderos de oro, sino de gases y polvillo en las minas en socavón, que generan enfermedades e incapacidades permanentes por enfermedades como los distintos tipos de neumoconiosis, entre las que se encuentra también la silicosis.

Son actividades igualmente riesgosas como la elaboración de ladrillos, la de trabajo doméstico, el reciclaje de basura, con las obvias consecuencias de estar en contacto con desechos de todo tipo[22]; la venta ambulatoria o las piruetas que realizan en los cruceros peatonales, en las que no solo están en contacto permanente de focos de contaminación sino que también en riesgo real de sufrir accidentes de tránsito o ser objeto de agresiones física o morales, entre otras.

Sin embargo, a pesar que la lógica, nos ayuda a intuir cuáles son las probables consecuencias del trabajo infantil dentro del desarrollo del menor. No hay un estudio profundo que determine no solo el impacto desde el punto de vista de la salud física, sino también desde la salud mental del menor. La encuesta a la que hicimos referencia previamente[23], muestra un cuadro sobre cuáles creen que son las consecuencias del trabajo infantil, desde el punto de vista de los encuestados. Los resultados son bastante reveladores:

¿CREE USTED QUE EL TRABAJO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS TIENE CONSECUENCIAS MUY POSITIVAS, POSITIVAS, NEGATIVAS O MUY NEGATIVAS EN LOS SIGUIENTES ASPECTOS? Porcentajes horizontales						
Aspectos	**Muy Positivas**	**Positivas**	**Negativas**	**Muy Negativas**	**No Precisa**	**Total %**
El desarrollo de la personalidad	2.2	37	44.1	8.6	8.1	100
La formación de valores morales	1.6	32.5	49.3	9	7.6	100
El desarrollo de la personalidad	0.9	12.4	67.9	16.1	2.7	100
La salud y la seguridad	0.6	9.4	72	14.8	3.2	100

(21) Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010. Ob. cit, p. 22.

(22) Basta recordar la afamada obra del escritor peruano Julio Ramón Ribeyro *Los gallinazos sin plumas*.

(23) Oficina Internacional del Trabajo, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. Qué hacer ante este fenómeno

En algunos países, como Francia, la asistencia a la escuela no es solo obligatoria en la norma, sino que el Poder Judicial tiene la posibilidad de obligar a los padres a enviar a sus hijos a las escuelas. Portugal, por su parte, ha desarrollado un programa que comprende varias etapas:

- La ubicación de los niños que trabajan cuando deberían estar estudiando.
- La sensibilización de los padres así como del propio menor.
- La posibilidad de que el menor pueda ser incluido en programas laborales legales, con apoyo del sector privado.

En Turquía, con apoyo del Banco Mundial, se ha llevado la escuela a los centros de trabajo, permitiendo al menor, continuar sus estudios sin tener que desplazarse. Asimismo, en otros países, se brinda al menor, apoyo en la salud física y mental, es especial en los casos de peores formas de explotación infantil, como sucede en Filipinas y Sri Lanka.

Como vimos previamente, en nuestro país se han dado pasos desde el punto de vista legislativo para favorecer a la niñez y evitar que se presenten situaciones de trabajo infantil, principalmente los relacionados con las peores formas de explotación. El Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, contenía acciones que permitirían mejorar nuestros actuales índices en este ámbito, tales como brindar una mayor y mejor educación, entrando dentro del concepto de Naciones Unidas de "Educación para Todos"; sensibilizar de la sociedad, a través de los diversos actores, buscando que se vea al trabajo infantil como un problema; permitir el acceso universal a la educación, ampliando la cobertura escolar; registrar en los municipios, en coordinación con las Unidades de Gestión Educativa Locales, los casos de deserción escolar; crear un mayor número de Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente, en las municipalidades; hacer un monitoreo continuo de la calidad de la educación; priorizar la atención de los programas de empleos temporales en familias localizadas en zonas de extrema pobreza, priorizando los casos en los que la cabeza de la familia sea una mujer con hijos menores de 15 años; atender oportunamente las denuncias de explotación infantil; buscar el apoyo de los medios de comunicación para la difusión de todos los temas relacionados con el trabajo infantil.

Como se aprecia, hubo diversas líneas de acción que buscaban disminuir, si no eliminar, el trabajo infantil en el Perú. Este plan fue aprobado mediante

Decreto Supremo Nº 008-2005-TR, publicado el 30 de septiembre de 2005. A la fecha de elaboración del presente artículo, no vimos grandes progresos dentro de este campo. El problema de la educación para todos sigue siendo un tema pendiente, ni qué hablar de su calidad, a todo nivel, primario y secundario e inclusive en algunos centros de estudios superiores (públicos y privados). Asimismo, no hubo campañas masivas de sensibilización sobre el problema del trabajo infantil, ni grandes esfuerzos para impedir su avance, salvo limitados esfuerzos de la Iglesia y de la Sociedad Civil.

La actual Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, 2012-2021, contiene ejes de acción, como los tuvo el plan 2005-2010.

- **Eje 1:** Pobreza. Incrementar el ingreso promedio de las familias pobres, con niños, niñas y adolescentes en riesgo, o en trabajo infantil, de modo sostenible.
- **Eje 2:** Educación y uso del tiempo libre. Incrementar la conclusión oportuna de la educación básica y el uso creativo del tiempo libre de los niños, niñas y adolescentes,
- **Eje 3:** Tolerancia social. Reducir la tolerancia social al trabajo infantil.
- **Eje 4:** Condiciones de trabajo. Mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido.
- **Eje 5:** Protección. Incrementar y fortalecer servicios de detección, protección y sanción frente al trabajo infantil peligroso y la explotación infantil y adolescente.
- **Eje 6:** Información y conocimiento (eje transversal). Identificar el trabajo infantil y generar información y conocimiento.

Consideramos que no solo deben expedirse normas que permitan dar una impresión de que se cumplieron las obligaciones. No solo hagamos planes sobre estrategias de lucha contra la pobreza o de objetivos de desarrollo del milenio. Deseamos que este nuevo intento llegue a buen puerto y, además, se pueda difundir sus resultados, sean parciales o finales.

A modo de conclusión, como parte de la sociedad, debemos sensibilizar a nuestro entorno sobre este problema. Empleadores, sindicatos y demás trabajadores, tienen un papel fundamental, sea en la acción directa o en la indirecta (difusión). Los medios de comunicación deben comprometerse masivamente

a sensibilizar a la población, sin buscar otra retribución que la satisfacción de participar en la solución del problema. Se deben aplicar las estrategias, sin tratar de revisarlas nuevamente. Asimismo, seamos difusores de los éxitos obtenidos dentro de este ámbito. Nuestra sociedad requiere buenas noticias y las informaciones sobre los avances en esta lucha son indispensables. Recordemos que cualquier mejora en nuestros índices dentro este campo repercutirá en un mejor futuro para nuestra población y en una mayor consolidación social y también económica de nuestro país.

DISPARATAR LABORAL: LA CONFUSA REGULACIÓN DE LA ASIGNACIÓN FAMILIAR Y DE LAS GRATIFICACIONES LEGALES

DANIEL ULLOA MILLARES[1]

Hace 25 años, en 1988, cuando fue creada la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no existían en nuestra normativa los dos beneficios laborales que serán analizados en este trabajo, a los cuales puede acceder –en principio– todo trabajador sujeto al régimen de la actividad privada. Ambos fueron creados mediante leyes emitidas en diciembre de 1989 (Leyes Nºs 25129 y 25139, respectivamente), en un contexto político, social y económico muy diferente al actual[2]. Sin embargo, a pesar de ser producto de un contexto diferente, ambos derechos se fueron consolidando y actualmente se mantienen vigentes: el primero sin cambio alguno hasta la fecha y el segundo reformulado en parte en el año 2002 por la Ley Nº 27735, aunque manteniendo sus principales características.

Dado que ambos derechos son creaciones legales, normas posteriores han restringido (aunque no necesariamente respetando el principio / derecho de igualdad) su ámbito de aplicación, por lo que no todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada las pueden disfrutar. Así, el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas no prevé en la relación

(1) Abogado. Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa (Universidad Castilla - La Mancha). Profesor ordinario de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente en la Universidad ESAN.

(2) El terrorismo y la inflación fueron dos de los más graves problemas que teníamos en esa época. Recordemos que en 1987 la inflación fue de 132 %, en 1988 de 1722 %, en 1989 de 2775 % y en 1990 de 7650 %.

de derechos que consagra[3] a la asignación familiar y solamente otorga el derecho a las gratificaciones legales a los que laboran en una pequeña empresa, aunque con cuantía reducida[4].

Sin embargo, el objetivo de este trabajo es presentar diversos problemas de interpretación generados por la confusa redacción de las normas que regulan estos beneficios. Inclusive, entendemos que el devenir de la legislación peruana ha limitado el alcance que originalmente tuvieron siendo necesaria una revisión de la racionabilidad de su existencia.

Revisemos el primero de los beneficios.

I. LA ASIGNACIÓN FAMILIAR

Este beneficio está regulado por dos normas: la Ley Nº 25129, publicada el 6 de diciembre de 1989 (en adelante, la ley) y su reglamento, el D.S. Nº 35-90-TR, publicado el 7 de junio de 1990 (en adelante, el reglamento) y consiste, básicamente, en la obtención para el trabajador de una suma dineraria equivalente al 10 % de la remuneración mínima vital (hoy S/. 750) por la acreditación de tener a cargo uno o varios hijos menores de 18 años o menores de 25 si realizan estudios superiores[5]. Este pago lo debe realizar todo empleador que lo tenga registrado como trabajador.

La regulación del beneficio ha generado, en la práctica, numerosos problemas en su interpretación como exponemos a continuación.

1. El ámbito de aplicación

Los artículos 1 y 3 de la ley señalan[6]:

> ***"Artículo 1.-*** *A partir de la vigencia de la presente Ley, los trabajadores de la actividad privada* ***cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva****, percibirán el equivalente al 10 % del ingreso mínimo*

(3) Art. 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobada por D.S. Nº 7-2002-TR, hoy denominada "Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial" por la modificación realizada por Ley Nº 30056.

(4) 15 días de una remuneración mensual en lugar de 30 días, según el citado artículo 41 de la norma.

(5) Art. 1 de la Ley Nº 25129.

(6) Todas las negritas en las normas son nuestras.

legal por todo concepto de Asignación Familiar".

*"**Artículo 3.-** En caso de que el trabajador perciba beneficio igual o superior por el concepto de Asignación Familiar, **se optará** por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo".*

Por su parte, los artículos 2 y 9 del reglamento indican:

*"**Artículo 2.-** Se encuentran comprendidos en los alcances del beneficio a que se contrae la Ley 25129, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada **cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva**, cualquiera que fuere su fecha de ingreso".*

*"**Artículo 9.-** Si el trabajador viniera percibiendo la asignación por cónyuge, separadamente a la del hijo, subsistirá el derecho a percibir aquélla, independientemente del monto que fuera; y, en cuanto a la asignación por hijo, **se optará por** la que otorgue mayor beneficio cualquiera que fuera el origen de esta".*

Literalmente se puede entender que para la ley y el reglamento hay dos grupos de trabajadores: los que regulan su remuneración mediante negociación colectiva y los que no lo hacen por esa vía. Tanto el artículo 1 de la ley como el artículo 2 del reglamento establecen claramente que el beneficio se otorga a quienes *no regulan sus remuneraciones por negociación colectiva***.** Esta es la lectura que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2006 emitida en el Expediente Nº 100-2006-AC.

De otro lado, el artículo 3 de la ley y el artículo 9 del reglamento precisan que si el trabajador percibe un beneficio igual o superior, se optará por el que otorgue mayor beneficio en efectivo.

Por tanto, a diferencia de alguna opinión que ha entendido que siempre debe aplicarse el monto mínimo previsto en la ley, la interpretación literal de la norma (acompañada de una interpretación histórica) nos lleva a pensar que están excluidos de este beneficio los trabajadores que regulan sus remuneraciones mediante negociación colectiva, por asumirse o entenderse que están mejor protegidos que aquellos que no tienen aquella negociación. Hay que notar que la norma no señala que en la convención colectiva se encuentre previsto un beneficio similar al de la ley: basta que las remuneraciones del trabajador estén reguladas por negociación colectiva para excluirlo del ámbito de aplicación de la ley.

Sin embargo, utilizando criterios a nuestro parecer muy discutibles, se ha ampliado el ámbito de aplicación previsto en la norma a todo trabajador, inclusive si sus remuneraciones están reguladas por convenio colectivo.

Un primer caso que hemos podido conocer, aunque finalizado en segunda instancia, se dio en la sentencia de fecha 11 de junio de 2007 emitida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la cual –según detalla la sentencia de fecha 2 de setiembre de 2010 emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 1735-2010-PA/TC– *"llegó a la conclusión a través de la interpretación del artículo 1 de la Ley Nº 25129 y del artículo 26.2. de la Constitución Política del Perú que la asignación familiar correspondía a todos los trabajadores de la actividad privada"*.

Este razonamiento fue repetido en la Casación Nº 2630-2009-Huaura de fecha 10 de marzo de 2010 y publicada en la separata de sentencias del diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2011(7). Cabe señalar que en este caso, tal como se describe en la sentencia, la empresa venía cumpliendo con el pago del beneficio inclusive luego que celebró su primer convenio colectivo, para después optar por dejar de pagar la asignación familiar en aplicación estricta de la ley, dado que las remuneraciones de sus trabajadores ya se encontraban reguladas por un convenio colectivo.

Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República analizó el artículo 1 de la Ley Nº 25129 bajo los alcances de los principios y derechos constitucionales "*relativos a la igualdad ante la ley, al trabajo, a una remuneración justa y equitativa, de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, a la libertad sindical y a la negociación colectiva"* para luego concluir que "*la interpretación correcta del artículo 1 de la Ley Nº 25129, acorde con los derechos y principios constitucionales antes desarrollados, es que la restricción establecida en la misma respecto a 'los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva', es que estos no perciban un doble beneficio por este derecho de asignación familiar otorgado de forma general e imperativa a favor de los trabajadores del sector privado, se encuentren o no sindicalizados, como consecuencia del que perciban a raíz del convenio colectivo o del previsto por la ley (derecho mínimo), caso en el cual los trabajadores percibirán el que le otorgue mayor beneficio en efectivo. En caso que el convenio colectivo no contemple pago alguno por concepto de asignación familiar, los trabajadores sindicalizados deberán percibir la asignación familiar en el monto y porcentaje establecido por la Ley Nº 25129 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo Nº 035-90-TR, siendo este el criterio interpretativo que a partir de la fecha asume este Colegiado con relación al pago de la asignación familiar*

(7) También se puede revisar la sentencia en <http://www.plades.org.pe/pdf/normasJurisprudencia/relacionInd/remuneracionesBenSoc/Asignacion%20Familiar%20(100310).pdf>.

previsto en la Ley Nº 25129". En otras palabras, la citada sala de la Corte Suprema creó una nueva norma, modificando la ley.

En un extenso informe[8] de fecha 21 de agosto de 2012, elaborado por el entonces Director General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como respuesta a la consulta DL-SIN/063-2012 realizada por la Sociedad Nacional de Industrias con relación a anteriores opiniones emitidas por la autoridad de trabajo sobre los alcances del beneficio, y tomando en cuenta la sentencia de la Corte Suprema antes indicada, se concluye que el ámbito subjetivo del beneficio abarca a todo trabajador de la actividad privada, siendo su monto equivalente al menos al 10 % de la remuneración mínima vital, siendo posible su mejora a través de la negociación colectiva. Esto se deriva, según el informe, de una lectura conjunta de los artículos 1 y 3 de la ley.

El informativo Caballero Bustamante[9] también asume esta posición. Señala que "*solo en los supuestos en que se regule expresamente la asignación familiar en un convenio colectivo, como un monto equivalente o mayor al de la normativa en mención, se podrá excluir al empleador de otorgar este beneficio*".

En nuestra opinión, ninguna de las interpretaciones realizadas debería vulnerar el texto expreso de la norma, la cual regula el beneficio solamente para un grupo de trabajadores. En extremo, y a diferencia del informe Nº 28-2012 antes citado, consideramos que resulta plenamente aplicable el argumento de la Corte Suprema en la casación antes reseñada cuando *"no se explica como es que ante un mismo supuesto de hecho, trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente solo para un grupo de ellos, sin que exista una causa razonable que justifique dicha diferencia de trato"*. Por tanto, coincidimos en que se podría ampliar el supuesto de hecho de la norma al ser contrario al principio/derecho de igualdad (bajo el supuesto de que tener la posibilidad de la negociación colectiva no sea una razón objetiva para la diferencia de trato legal), pero eso no fue lo que hizo la sentencia sino que, más bien, entendió que el beneficio debe ser un *"un mínimo necesario legal de carácter imperativo (…) y que por tanto su no percepción y/o desconocimiento unilateral en perjuicio del trabajador afecta el principio de irrenunciabilidad"* (!!!).

(8) Informe Nº 28-2012-MTPE/2/14 que se puede revisar en <http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_19/informe02_b19mtpe.pdf>.

(9) Ver <http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/lab/ecblab260310.pdf>.

En todo caso, la sentencia antes señalada no es normativa, por lo que cualquier juez o corte podrá apartarse del criterio señalado si lo fundamenta razonablemente.

Vinculado a este tema se encuentra la procedencia de reducir la remuneración ordinaria o básica para pagar la asignación familiar. Muchas veces se ha visto en el caso de los trabajadores que laboran para el Estado, que poseen topes o montos de remuneraciones máximas, que cuando el trabajador acredita cumplir con los requisitos del beneficio, el empleador reduce el monto de la remuneración ordinaria para así no superar el tope aplicable, generalmente previsto en otra norma.

Consideramos que lo anterior resulta errado. Así, como la asignación familiar no puede estar incluida en la remuneración mínima vital (es decir, por la aplicación de la ley un trabajador con hijos debe ganar más que uno sin hijos, a pesar que los dos perciban como ingreso básico el equivalente a una remuneración mínima vital), ella tampoco podrá suponer una reducción del ingreso que viene percibiendo el trabajador al momento de solicitar el pago del beneficio.

Veamos a continuación los requisitos para su percepción.

2. Los requisitos del beneficio

El artículo 2 de la ley establece:

*"**Artículo 2**.- Tienen derecho a percibir esta asignación los trabajadores que **tengan a su cargo** uno o más hijos menores de 18 años. En el caso de que el hijo **al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando** estudios superiores o universitarios, este beneficio se extenderá hasta que termine dichos estudios, hasta un máximo de 6 años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad".*

Y el reglamento señala:

*"**Artículo 5.-** Son requisitos para tener derecho a percibir la asignación familiar, tener vínculo laboral vigente y **mantener a su cargo** uno o más hijos menores de dieciocho años".*

*"**Artículo 6.-** Los trabajadores tendrán derecho a percibir dicha asignación familiar hasta que los hijos cumplan dieciocho años de edad, salvo que* estos se encuentren efectuando *estudios superiores o universitarios, en cuyo caso se extenderá este beneficio hasta la culminación de los mismos, por un máximo de seis años posteriores al cumplimiento de dicha mayoría de edad".*

Resaltamos en negrita las dos condiciones que debe presentar el trabajador para exigir el beneficio: los hijos deben ser del trabajador (no de la pareja), deben estar a su cargo (si los hijos viven con la pareja y no con el trabajador creemos que no debería pagarse el beneficio salvo que se acredite que remite una pensión mensual o un pago por alimentos) y ser menores de 18 años. O menores de 25 (hasta 24 años, seis más que 18) siempre y cuando se encuentren efectuando estudios superiores cuando cumplan la mayoría de edad.

Al igual que en lo referido al ámbito de aplicación, aquí también encontramos una inadecuada redacción del beneficio en la ley y el reglamento, dado que es restrictiva. Imaginemos que el hijo del trabajador no cursa estudios cuando cumple los 18 años (porque se demoró, porque no quiso postular, porque no ingresó) pero lo hace un año después. ¿Puede reclamar el trabajador el reinicio del pago de la asignación familiar?

Una interpretación finalista nos llevaría a pensar que sí, pero ella resultaría contradictoria con la específica literalidad de la ley y del reglamento (“*al cumplir la mayoría de edad se encuentre efectuando”)*. Entonces, ¿creamos una nueva norma, como ha hecho la Corte Suprema cuando se ha referido al ámbito de aplicación? No compartimos dicha posición, dado que finalmente habría tantas interpretaciones como personas dedicadas a dicha labor.

Relacionado con lo anterior tenemos el caso de los reclamos que puedan producirse por los reintegros del beneficio, esto es, la obligatoriedad de la comunicación para el nacimiento del derecho. El reglamento precisa:

> *“**Artículo 11.-** El derecho al pago de la asignación familiar establecida por la Ley, rige a partir de la vigencia de la misma, **encontrándose obligado el trabajador a acreditar** la existencia del hijo o hijos que tuviere”*.

Pueda ser que el trabajador no conoce la norma y el empleador nunca se la comunica. Cuando el trabajador se entera y acredita los requisitos, su hijo ya tiene cinco años y el empleador entiende que debe empezar a pagar desde ese momento sin que quepan reintegros por lo pasado. Pero ¿no se dice que el beneficio es por tener hijos? ¿Desde cuándo se genera el derecho: desde el nacimiento o desde la acreditación?

Entendemos que también en este caso se están utilizando interpretaciones finalistas cuando la norma expresamente señala que es el trabajador el obligado a acreditar la existencia de su prole. Y ello se puede lograr de diferentes maneras: al momento de llenar su ficha de datos, al momento de postular al empleo, cuando pidió un descanso vacacional y lo motivó por temas familiares, cuando recibe una asignación por educación, etc. y no exclusivamente con la presentación de la partida de nacimiento o de bautizo.

3. La cuantía del beneficio (el pago proporcional)

Otro tema que genera muchas opiniones es la definición de la cuantía del beneficio en lo que se refiere a la procedencia del pago proporcional. Una posición, asumida por la Inspección del Trabajo de Lima con base en un folleto emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo[10] y dos informes de la autoridad de trabajo[11], que es también compartida por parte de la doctrina local[12] establece que la asignación familiar se debe otorgar de manera íntegra y no es proporcional a los días efectivos de labor pues su razón de ser escapa al sinalagma del contrato de trabajo.

Los principales argumentos de esta posición, tal como lo señala el antes citado informe 28/2012, son el hecho que el beneficio no tiene carácter contraprestativo, que la ley no define la naturaleza remunerativa del beneficio sino el reglamento y que la asignación forma parte del denominado "salario social".

Sin embargo, recientemente se ha difundido en una revista especializada[13] que en un proceso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa, la Segunda Sala Civil del Callao mediante resolución Nº 35 de fecha 2 de abril de 2013 declaró nulas las resoluciones de la autoridad de inspección del trabajo que impusieron multas al empleador por no haber abonado la asignación familiar en forma completa, señalando que este beneficio tiene carácter remunerativo: por tanto, cuando esta no se pague, tampoco debería abonarse la asignación familiar, siendo correcto pagar en forma proporcional a los días laborados, dado que la otra interpretación no tiene asidero legal.

Coinciden con esta opinión los redactores del informativo Caballero Bustamante antes citado.

Nosotros también entendemos que el beneficio es proporcional y que de familiar solamente tiene el nombre (y el hecho generador de su exigibilidad). Pero más importante que esto, en nuestra opinión, es la oportunidad o periodicidad de pago. Nosotros no vemos ni en la ley ni el reglamento esta característica –esencial– del beneficio pues solamente el reglamento señala:

(10) Ver <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnit/asignacion_familiar.pdf>.

(11) Informe Nº 385-2011-MTPE/4/8 de fecha 14 de abril de 2011 emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica y el citado informe 28/2012 de fecha 21 de agosto de 2012.

(12) Comparte esta opinión la redacción de RAE Jurisprudencia, agosto de 2008, pp. 285-286.

(13) Informe laboral de Análisis Laboral, Vol. XXVIII, Nº 328, mayo 2013.

"***Artículo 10.-*** *La asignación familiar será abonada por el empleador bajo la misma modalidad con que viene efectuando el pago de las remuneraciones a sus trabajadores*".

En la práctica, todo el mundo paga la asignación familiar de manera mensual. Pero ¿eso es así? ¿No es acaso un pago único? ¿O un pago diario? Si la remuneración se devenga por cada día trabajado y el hijo, mientras viva, también lo es cada día que pase ¿el pago no debería ser diario? La cuantía del beneficio prevista en la ley (10 % del mínimo) haría muy interesante esta última posición. ¿De dónde surgió que el pago es mensual?

Alguien podría señalar el artículo 10 antes indicado como la respuesta a nuestra última pregunta. ¿Y si el trabajador recibe su remuneración semanalmente? ¿También tiene derecho a la asignación familiar de manera semanal, dado que esa es la "modalidad" con la que se paga la remuneración al trabajador?

Sorprendentemente, este tema no ha sido discutido dado que, como indicamos, todo el mundo ha entendido que este beneficio es de periodicidad mensual. Nosotros, honestamente, no encontramos dicha especificación en la normativa vigente.

4. La naturaleza remunerativa del beneficio

En cuarto lugar, encontramos como tema a discutir la naturaleza remunerativa del beneficio. El art. 3 del reglamento establece que

"***Artículo 3.-*** *La Asignación Familiar establecida por la Ley tiene el carácter y naturaleza remunerativa*".

Por tanto, la autoridad de trabajo (ver nota 9) concluye que el concepto es remunerativo y, por tanto, es computable para el cálculo de todos los beneficios sociales. También asumió esta posición la Corte Suprema en la casación Nº 2630-2009-Huaura antes citada.

Como ya hemos indicado, una opinión diferente es asumida por el informe Nº 28-2012, que por un lado le niega naturaleza remunerativa al beneficio (porque no es contraprestativo), pero por otro lado lo considera base de cálculo para los demás beneficios sociales.

Si bien existe una norma que le otorga a este beneficio, generado por un hecho ajeno a la relación laboral, carácter y también naturaleza remunerativa, queda claro que la norma está creando una ficción legal otorgando características al beneficio que conceptualmente no debería tenerlas. Desde el nombre que posee (asignación) y el hecho que la genera (tener hijos a cargo)

no existe racionabilidad o justificación que este concepto tenga que ser asumido por el empleador más que buscar una compensación al deteriorado ingreso que percibían los trabajadores formales a fines del año 1989. Tampoco cumple con los requisitos de la remuneración tal como esta se define en el artículo 6 de la ley de productividad y competitividad laboral.

El crecimiento demográfico puede ser parte de una política estatal. Pero que parte de dicho crecimiento sea asumido económicamente por el empleador privado (pues los trabajadores de otros regímenes no poseen este beneficio) no pareciera tener coherencia o lógica. De ahí que consideremos que la regulación de este beneficio (que nos parece correcta en su fin pero no en su forma normativa ni en su cuantía –muy baja– ni mucho menos en el sujeto obligado) es, por decirlo de una manera delicada, desafortunada.

II. LAS GRATIFICACIONES LEGALES

Este beneficio también surgió en diciembre de 1989 por mandato legal. Actualmente no tiene sustento constitucional por lo que una norma del mismo rango podría modificarla o eliminarla. La Ley Nº 27735[14], norma que reemplazó a la Ley Nº 25139, repitió el texto de la primera aunque incorporó una nueva característica al beneficio, cual es la gratificación proporcional, que comentaremos más adelante.

En síntesis, este beneficio supone incrementar el valor del trabajo en dos remuneraciones mensuales adicionales por año, lo cual debe llevar a todo empleador a calcular la remuneración no de manera mensual sino de manera anual, para así poder determinar cuánto es lo que finalmente tendrá que otorgar a cada persona que contrate.

La norma señala que transcurrido un semestre (enero-junio o julio-diciembre[15]) el empleador debe otorgar al trabajador tantos sextos como meses completos haya laborado. Sin embargo, el artículo 3 del reglamento de la ley 27735[16] establece que los meses completos deben ser calendarios, creándose una peculiar situación que no posee otro derecho en el ordenamiento peruano: los meses no se calcularán de manera real (de 20 de mayo a 20 de junio,

(14) Publicada el 28 de mayo de 2002.

(15) Originalmente estaban considerados los semestres de enero a junio y de junio a noviembre pero una fe de erratas modificó el alcance del segundo semestre.

(16) D.S. 5-2002-TR publicado el 4 de julio de 2002.

por ejemplo) sino que deberán ser calendarios (en el ejemplo anterior, no habría un mes calendario, y por tanto, no habría obligación de pago de gratificación legal proporcional).

Como el pago de la gratificación debe realizarse en la primera quincena de julio y de diciembre, puede notarse que el primer pago resulta posterior al semestre computable (julio a enero-junio) pero el segundo no (diciembre a julio-diciembre) generándose ciertos problemas cuando el trabajador cesa entre el 16 y el 31 de diciembre, habiendo recibido hasta el 15 su gratificación que debe considerar como computable también el mes de diciembre aún no finalizado. Esto se genera porque los pagos se dan en los meses 7 y 12 del año, aunque en realidad se han aprovechado dos festividades (una cívica y otra religiosa) como fundamento de su existencia, que nada tienen que ver con la productividad de la empresa o el desempeño del trabajador: es otra imposición del Estado aplicable al Sector Privado que no cuenta con racionabilidad económica (en el Sector Público este beneficio tiene el nombre de "aguinaldo" y su cuantía es fijada previamente a la fecha de pago, cuantía que no equivale a una remuneración mensual).

El hecho de que las gratificaciones deban ser abonadas en la primera quincena de julio y diciembre, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley Nº 27735, ha sido entendido por algunos como una prohibición de otorgar las gratificaciones de manera adelantada o como préstamo. Ello porque el artículo 4 del reglamento de la ley señala que este plazo "es indisponible" para las partes. No cabría, por tanto, el pago adelantado o por cuotas de la gratificación, al entenderse que el mandato del artículo 5 es imperativo. Sabemos que en algunas inspecciones se ha asumido esta literal posición.

Señalábamos que una novedad de la Ley Nº 27735 es el concepto de la gratificación proporcional o trunca, pues el artículo 3 de la norma anterior, la Ley Nº 25139, impedía el pago del beneficio al trabajador que no se encontrara laborando en la oportunidad de pago. Esto es, si el trabajador laboraba hasta el 30 de junio o el 30 de noviembre, por más que haya laborado el semestre completo, no percibía gratificación legal por no laborar en el mes de pago (julio o diciembre, respectivamente). Y esto era aprovechado por algunos empleadores para finalizar los contratos de sus trabajadores antes que llegue el mes de pago y así ahorrarse la entrega de una remuneración adicional.

Para remediar este supuesto, la nueva norma permite el pago proporcional (si el trabajador no tiene los seis meses completos antes de la fecha de pago, supuesto ya previsto en la Ley Nº 25139) y también el pago trunco (si el trabajador cesa antes de la fecha de pago habiendo laborado como mínimo un mes en el semestre correspondiente), aunque aceptando como computables los meses calendarios completos laborados.

Algunos entienden que en este pago también está reconocido el pago de los días laborados, los denominados treintavos: por ejemplo, si un trabajador inicia labores el 1 de abril y finaliza su labor el 15 de junio, tendría derecho a 2/6 de remuneración por abril y mayo y 15/30 de 1/6 por los 15 días de junio. Nosotros discrepamos de esta interpretación por la sencilla razón de que no encontramos en la ley ni en el reglamento esa previsión. Solamente se permite el pago de fracciones de mes cuando el trabajador no completó un mes (parte final del numeral 3.4. del reglamento, establecido por D.S. Nº 17-2002-TR).

Cabe señalar que este beneficio también es considerado remuneración para todo efecto legal. De ahí la importancia de normas específicas (Leyes Nºs 29351 y 29714) para evitar que sea considerado computable para la generación de determinados tributos (contribución a EsSalud).

Resulta curioso que ambas regulaciones contengan una de las pocas consagraciones en nuestro ordenamiento del principio de norma más favorable(17). Aunque consideramos que ello se estableció porque las leyes comentadas formalizaron normativamente una práctica que algunos empleadores ya venían realizando en el año 1989. No obstante, lo que se ha producido finalmente es incrementar el costo del trabajo formal menos remunerado.

Sustentamos la afirmación anterior en la existencia del concepto de remuneración integral anual (RIA) previsto en el artículo 8 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual permite la inaplicación de todos los derechos laborales cuantitativos (entre ellos, las gratificaciones legales y la asignación familiar) con excepción de la participación en las utilidades, siempre que el ingreso mensual del trabajador no sea menor a dos UIT, es decir, en este año 2013, a S/. 7400.

Por tanto, el trabajador que cuenta con una apreciación importante de su labor no percibirá estos beneficios si así lo pacta con su empleador. La pregunta que surge es ¿no estamos hablando de una regulación de beneficios laborales que en realidad limitan la formalidad? ¿Cuál es el sustento objetivo de pagar 14 remuneraciones al año(18) y no 12, cuando mediante la RIA ello desaparece? ¿Por qué el empleador debe incrementar sus gastos empresariales por el solo hecho de que el trabajador tenga hijos? ¿Nuestra situación actual poblacional justifica fomentar el crecimiento demográfico? ¿O simplemente se tomó en 1989 una situación familiar y la celebración de ciertas festividades

(17) Art. 3 en la Ley Nº 25129 y art. 4 en la Ley Nº 25139, ahora art. 8 en la Ley Nº 27735.

(18) Si no se labora para una micro o pequeña empresa.

como excusa para imponer un aumento de ingresos que aliviara el deteriorado ingreso de los trabajadores, generado por una incontrolable inflación?

Se culpa al derecho del trabajo de generar costos o sobrecostos laborales y con ello de fomentar la informalidad. Y la confusa regulación de los beneficios antes comentados pareciera fortalecer esta crítica. Pero pocas veces se distingue entre los fines del Derecho Laboral y la mala utilización legislativa o práctica de sus conceptos[19], creando una confusión que finalmente perjudica la validez de muchos de los principios del Derecho del Trabajo, el cual entendemos resulta esencial y necesario mientras una persona se encuentre obligada a trabajar para poder vivir (o sobrevivir). Cuando ello no ocurra es que recién podremos hablar de otro tipo de derecho o de la consabida "flexibilidad".

(19) La libertad sindical es otro derecho (en este caso fundamental) lamentablemente muy mal visto en nuestra realidad.

LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO[1]

GUILLERMO BOZA PRÓ[2]

La Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal (en lo sucesivo Ley Concursal), de octubre de 2002, derogó la Ley de Reestructuración Patrimonial introduciendo cambios en el régimen concursal a fin de corregir algunos errores de la normativa anterior y de dotar de una mayor garantía y transparencia a los procesos concursales. Entre los cambios realizados por la Ley Concursal existió una particular incidencia en los aspectos laborales, a tal punto que se dijo en su momento que se había producido una suerte de "laboralización" de los procesos concursales[3]. Han transcurrido once años de su dación y la Ley Concursal ha sufrido varias modificaciones, primero por la Ley N° 28709, de 12 de abril de 2006 y, posteriormente, por el Decreto Legislativo N° 1050, de 27 de junio de 2008. Asimismo, durante este tiempo, los pronunciamientos que las Salas competentes del Indecopi han tenido sobre el tema, han venido dando lineamientos más claros respecto de la aplicación de la Ley Concursal así como de las diversas incidencias que la misma tiene en el ámbito laboral, y que consideramos pertinente comentar en las líneas siguientes.

(1) Con mi agradecimiento a Claudia Cermeño Durand por su colaboración en la elaboración del presente ensayo.

(2) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.
Profesor principal y coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(3) VINATEA & TOYAMA ABOGADOS. "Sistema concursal y derecho laboral". En: *El Peruano*, 9 de setiembre de 2002, p. 19.

I. EL PRIVILEGIO DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Los créditos laborales gozan de un privilegio especial (superprivilegio) cuyo reconocimiento tiene sede constitucional. En efecto, el artículo 24 de la Constitución establece que el pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

En ese sentido, la Ley Concursal no hace sino recoger la preferencia que tienen los créditos laborales respecto de otros créditos de origen diferente, si bien circunscritos a los supuestos de disolución y liquidación de la empresa. Esto último significa que dicha preferencia puede ceder y no aplicarse en un procedimiento de reestructuración, siendo la única exigencia en este caso que el plan de reestructuración destine, bajo sanción de nulidad, no menos del 30 % de los fondos o recursos (por año) al pago de deudas laborales de primer orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Concursal.

Se señala, en primer lugar, que son créditos de primer orden[4] las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, recogiéndose así los dos mismos conceptos establecidos en la norma constitucional antes citada. En ese sentido, resulta importante delimitar con la mayor precisión posible lo que debe entenderse por remuneración y beneficios sociales, puesto que aquellos beneficios que no integren dichos conceptos quedarán relegados al quinto orden de preferencia.

Una referencia obligada es el Decreto Legislativo Nº 856, norma que precisa los alcances del privilegio de los créditos laborales, en armonía con el artículo 24 de la Constitución. Dicha norma señala que son créditos laborales preferentes, las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones (por ejemplo, la indemnización por despido arbitrario) y, en general, los beneficios establecidos por ley que se adeuden a los trabajadores (por ejemplo, las gratificaciones ordinarias y la asignación familiar).

(4) El inciso 1 del artículo 42 de la Ley Concursal indica que en los procedimientos de disolución y liquidación el primer orden de preferencia en el pago de los créditos lo tienen las *"Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones"*.

Pero será necesario también acudir a lo establecido en los artículos 6 y 7 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en lo sucesivo la LPCL)(5), aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, que precisan qué se entiende por remuneración para todo efecto legal y qué no, por remisión, en este último caso; a los artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios(6), aprobado por Decreto Supremo Nº 001-97-TR, ya que la naturaleza remunerativa o no de un beneficio sería determinante para su calificación como crédito laboral. Precisamente, es en esa línea que parecería haberse movido la jurisprudencia concursal del Indecopi.

Al respecto, cabe mencionar la Resolución Nº 0969-2013/SCD-INDECOPI, donde la Comisión desestimó la pretensión de reconocimiento de créditos laborales derivados del reintegro del "bono extraordinario" que ha de pagarse por mandato de la Ley Nº 29351 y que equivale al 9 % de las gratificaciones legales de julio y diciembre(7). En la medida que el artículo 3 de la citada Ley indica que dicho bono es de carácter temporal y de naturaleza no remunerativa, la Comisión concluyó que este no se encontraba comprendido en el primer orden de prelación, precisamente por carecer de naturaleza remunerativa.

Sin embargo, llama la atención el análisis efectuado en otro pronunciamiento reciente, concretamente la Resolución Nº 0010-2013/SDC-INDECOPI, en donde, si bien la Comisión reconoce que el beneficio denominado *gain*

(5) Artículo 6.- *"Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo modalidad de suministro indirecto".*
Artículo 7.- *"No constituye remuneración para ningún efecto legal lo conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 650".*
Un estudio exhaustivo sobre la remuneración puede verse en: PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*. Estudio González & Asociados, Lima, 2006. *Sobre el concepto de crédito laboral* véase: GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia. *El crédito laboral frente a la insolvencia del empleador.* Tesis para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 44-66.

(6) Por ejemplo, las gratificaciones extraordinarias, las asignaciones por educación, etc.

(7) Con ocasión de la crisis económica que se atravesó en el país durante el año 2009 y en adelante, se dispuso mediante las Ley Nº 29351, la inafectación de las gratificaciones legales de julio y diciembre al pago de la contribución al Seguro Social de Salud – EsSalud, entre otros. Asimismo, la norma dispuso que dicho 9 % sobre el importe de las gratificaciones que no sería abonado al EsSalud por el empleador, sería entregado a los trabajadores como una "bonificación extraordinaria" de carácter temporal (inicialmente hasta el 2010, pero posteriormente ampliado al 2014) y de naturaleza no remunerativa.

sharing[8] no puede ser considerado como concepto remunerativo para ningún efecto legal, aun así termina por admitir el reconocimiento de los créditos derivados del mencionado beneficio. El fundamento de la Comisión para justificar esta contradicción y considerar dicho beneficio dentro del primer orden de prelación radicó en que este constituía una obligación convencional para la empresa y, por ello, vinculante para ella. Se trata, sin duda, de un argumento poco sólido pues la naturaleza remunerativa de un beneficio no reside en el origen legal o convencional de la fuente que lo regula, sino en las características mismas del beneficio de que se trate. Un análisis más idóneo hubiese consistido en fundamentar por qué dicho beneficio ostentaba carácter remunerativo o, en todo caso, indicar cuál es el concepto de remuneración que maneja la Comisión para dilucidar este tipo de situaciones.

En segundo lugar, son también créditos de primer orden los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina Nacional de Pensiones - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador o cualquier otro régimen previsional creado por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Asimismo, el artículo 42 de la Ley Concursal señala expresamente que los aportes al Sistema Privado de Pensiones incluyen el aporte obligatorio a la Cuenta Individual de Capitalización del afiliado así como la prima del seguro, excluyendo expresamente de este primer orden de prioridad a las comisiones cobradas por la Administración Privada de Fondos de Pensiones[9].

Sobre el particular, a diferencia de las remuneraciones y beneficios sociales que cuentan con un superprivilegio constitucionalmente reconocido, los aportes previsionales cuentan con un superprivilegio de tipo legal que ha llevado a algunos a sostener que su justificación radicaría en la misma naturaleza alimentaria de la que gozan las remuneraciones y beneficios sociales. De esta manera, así como las remuneraciones se constituyen en la principal fuente de subsistencia del trabajador, los créditos previsionales al tener su origen en la remuneración y atender a la sobrevivencia del trabajador y su familia cuando

(8) De acuerdo con el considerando 67 de la Resolución Nº 0010-2013/SDC-INDECOPI, el *gain sharing* sería *"(...) como un bono que es compartido con todos los integrantes de la unidad de negocio al haber mantenido o ejecutado una actitud participativa en cuanto a la realización de aspectos laborales derivados de múltiples parámetros. El objetivo está en la obtención de resultados ya sea de la unidad completa, de un departamento, una fábrica o la empresa en su totalidad"*.

(9) Es importante precisar que si bien está exclusión ya se encontraba en el texto original de la Ley Nº 27809, Ley General del Sistema Concursal, la Ley Nº 28709 introdujo a las comisiones en el primer orden de prioridad en abril del año 2006, las cuales nuevamente fueron excluidas en virtud del Decreto Legislativo N° 1050 en junio de 2008.

este ya se encuentre en situación de retiro, tendrían también una naturaleza alimentaria que justificaría su consideración como crédito de primer orden(10).

Lo anterior explica la exclusión expresa de las comisiones adeudas a la administración de los fondos privados de pensiones como créditos de primer orden pues de conformidad con el literal a) del artículo 24 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 054-97-EF, dichas comisiones son la retribución que las Administradoras de Fondos de Pensiones reciben por sus servicios. En efecto, las comisiones no cumplen ninguna finalidad de tipo previsional pues al constituir el pago que el afiliado realiza por la administración de su fondo, su naturaleza es meramente contractual correspondiéndole, en consecuencia, el quinto orden de preferencia.

II. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS LABORALES

1. Legitimación para solicitar el reconocimiento

El artículo 37.4 de la Ley Concursal establece dos vías de reconocimiento de los créditos de origen laboral. Bien por el representante de los créditos laborales, designados conforme a la legislación correspondiente –y según las pautas establecidas por la Octava Disposición Complementaria y Final–, o bien en forma independiente por el respectivo titular del crédito (trabajador o extrabajador). Cabría preguntarse, no obstante, qué sucede en aquellos casos en los que exista en la empresa deudora una organización representativa de los intereses de los trabajadores afectados (sindicato, sección sindical). ¿Esta podría solicitar, en representación de sus afiliados, el reconocimiento de los créditos respectivos?

La respuesta debería ser afirmativa si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que consagra como una de las funciones de las organizaciones sindicales la representación del conjunto de trabajadores dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva y también en los de naturaleza

(10) Cfr. LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO, Anthony. "Unas de cal, otras de arena: a propósito de las modificaciones al orden de pago a los acreedores". En: *Derecho & Sociedad*. Año XX, N° 32, julio de 2009, p. 275.

individual, en este último caso, siempre que el trabajador no opte por accionar directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley. Como señaló la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución Nº 030-96-TRI/Indecopi, de fecha 21 de agosto de 1996, estamos ante una representación de tipo legal que faculta al sindicato a representar los intereses de sus afiliados dentro en un procedimiento que tiene por finalidad la protección de sus derechos.

No obstante, consideramos que estamos ante un tipo de representación subsidiaria en caso de que el trabajador decida solicitar directamente el reconocimiento de su crédito, como expresamente se lo reconoce el ordenamiento concursal y laboral. Así lo ha considerado la Segunda Sala de Defensa de la Competencia en la resolución N° 0636-2009/SD2-INDECOPI al señalar que si bien el sindicato representa a sus afiliados en las controversias de carácter individual, los trabajadores mantienen siempre su derecho a accionar por su propia cuenta. Además, en la resolución citada, la sala agrega que si bien el sindicato puede representar a los trabajadores en los procedimientos administrativos para solicitar el reconocimiento de créditos laborales adeudados, es necesario que el sindicato acredite la titularidad de los créditos invocados de cada trabajador al que representa.

En cualquier caso, debe quedar claro que este tipo de representación opera en la etapa del reconocimiento créditos, puesto que, como se verá más adelante, la representación de los créditos laborales ante la junta de acreedores se ejerce necesariamente por el representante elegido conforme a las normas sobre la materia, conforme a las pautas de la Octava Disposición Complementaria y Final de la Ley Concursal. En este caso, el legislador ha querido que un único representante sea el que canalice en esta instancia la posición de todos los acreedores laborales (sindicalizados y no sindicalizados; trabajadores y extrabajadores).

2. Documentación sustentaría

Para reconocer un crédito de origen laboral lo primero que se exige es que el solicitante acredite la existencia del vínculo laboral (presente o pasado) por cualquier medio idóneo a tal fin (un contrato de trabajo, una boleta de pago, una sentencia judicial consentida, una acta de conciliación, etc.), tal y como lo establece el artículo 39.4 de la Ley Concursal.

Acreditado el vínculo laboral, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi (en adelante, la Comisión) reconocerá el crédito por el solo mérito de la autoliquidación presentada por solicitante. No obstante, el deudor podrá acreditar haber pagado el crédito cuyo reconocimiento se solicita o que dicho crédito no existe (por ejemplo, el asunto fue controvertido judicialmente y el juzgador desestimó la pretensión del trabajador), o que el trabajador

no cumple con los requisitos para gozar del beneficio laboral reclamado (por ejemplo, un trabajador *part time* que solicita el reconocimiento de la compensación por tiempo de servicios no pagada).

Finalmente, el artículo comentado establece que una vez vencido el plazo señalado en la ley para la conservación de documentos, la carga probatoria de la existencia del crédito se invierte a favor del deudor o, lo que es lo mismo, que la probanza de su existencia corresponderá al acreedor. Esta norma es acorde con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley N° 25988, Ley de Racionalización del Sistema Tributario Nacional y de Eliminación de Privilegios y Sobrecostos, en virtud del cual las empresas cualquiera que sea su forma de constitución, y siempre que no formen parte del Sector Público nacional, estarán obligadas a conservar los libros, correspondencia y otros documentos relacionados con el desarrollo de su actividad empresarial, por un periodo que no excederá de cinco años, contado a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, según sea el caso.

Transcurrido dicho periodo, las empresas se encuentran facultadas para disponer de dichos documentos para su reciclaje o destrucción. Solo en el caso de las planillas de pago de remuneraciones, estas deberán ser remitidas a la Oficina de Normalización Previsional. La citada norma señala expresamente que en cualquier supuesto, inclusive en materia laboral, luego de transcurrido el mencionado periodo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega el derecho.

Sobre el particular, la Primera Sala de Defensa de la Competencia en la resolución N° 0916-2010/SC1-INDECOPI ha aprobado un precedente de observancia obligatoria que interpreta los alcances de la inversión de la carga probatoria prevista en el comentado artículo 39.4 de la Ley Concursal. Al respecto, la sala ha precisado que el solicitante del reconocimiento del crédito deberá acreditar tan solo la existencia y cuantía de aquellos créditos correspondientes a fechas anteriores a los últimos cinco años durante el cual la compañía estuvo obligada a conservar los documentos, mas ello no supone que el solicitante se encuentre en la obligación de acreditar que el deudor no pagó.

Al respecto, la Sala estaría tomando como precedente un criterio antes ya recogido por los tribunales laborales en el sentido de que la inversión de la carga de la prueba por aquellos periodos anteriores a los cinco años antes anotados, no libera al empleador de la obligación de acreditar que cumplió con sus obligaciones. En efecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 1745-03-La Libertad, señaló lo siguiente:

"(…) [si bien] el recurrente considera que (…) luego de transcurrido el indicado plazo, la prueba de los derechos que se pudiera derivar del contenido de los citados documentos será de cargo de quien alegue el derecho, y, por tanto, corresponde al trabajador probar que ha cumplido con los requisitos para tener acceso a tales derechos (…) corresponde al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo".

De esta manera, la Sala de Defensa de la Competencia ha recogido en su precedente el citado pronunciamiento judicial en el sentido que la antes aludida inversión probatoria no implica la obligación del trabajador de acreditar que el empleador no cumplió con abonar los conceptos que reclama sino tan solo, probar que tuvo derecho a estos que, en el caso de los créditos concursales, se traduce en tener que acreditar la existencia de los créditos y su cuantía.

3. Aplicación del principio de primacía de la realidad

Una de las novedades importantes de la Ley Concursal fue la consagración del principio de primacía de la realidad y su utilización en el reconocimiento de los créditos laborales. En efecto, el artículo 40 de dicha norma dispone que, para el reconocimiento de los créditos de origen laboral, la Comisión podrá aplicar el principio de primacía de la realidad. Un paso adicional se dio con el Decreto Legislativo N° 1050, cuyo artículo 14 precisa que ya no es necesario que el acreedor invoque a la Comisión la aplicación del referido principio, sino que esta podrá aplicarlo de oficio. Según reza el artículo comentado, en virtud del principio de primacía de la realidad, la Comisión privilegia los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito.

El principio de primacía de la realidad es un principio de clara vertiente procesal que fue introducido y recreado en nuestro medio por la jurisprudencia de los tribunales de trabajo, permitiendo al juez laboral preferir lo que ocurra en los hechos y no lo que las formas o documentos señalen. Es decir, son los hechos lo que mandan y serán estos los que prevalezcan, inclusive sobre lo que las partes dicen que ocurre. Como recuerda Neves Mujica, este principio no hace sino recoger un clásico aforismo del Derecho Civil que establece que *"las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina"*[(11)]. Y es que el ordenamiento jurídico laboral presenta un conjunto de reglas y prin-

(11) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 41.

cipios de carácter imperativo o indisponible frente a los cuales los incumplimientos del empleador o los actos de particulares que pretendan sustraer indebidamente a una prestación subordinada de servicios del ámbito de aplicación del derecho del trabajo carecen de validez.

Cabe señalar que no estamos ante la primera oportunidad en que se concede a una autoridad administrativa la posibilidad de acudir al principio de primacía para revertir situaciones ilícitas que pudieran perjudicar los intereses de los trabajadores. En efecto, fue el Decreto Legislativo Nº 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa Gratuita del Trabajador, el que dio carta de ciudadanía al principio de primacía de la realidad, otorgándole al inspector de trabajo una herramienta de la mayor importancia para la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador. Actualmente, el artículo 2 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, consagra al principio de la primacía de la realidad como uno de los principios ordenadores que rige el sistema de inspección del trabajo.

Para algunos no deja de ser controvertida la decisión del legislador de otorgar a órganos de naturaleza administrativa la facultad de aplicar un principio cuyo ámbito de actuación es, esencialmente, en sede judicial. No obstante, consideramos que el reconocimiento del principio de primacía de la realidad por la Ley Concursal dota a la Comisión de un recurso que dará mayor transparencia al procedimiento concursal y, especialmente, garantizará de mejor manera los intereses de los acreedores laborales.

Son muchos los casos en los que puede acudirse al principio de primacía de la realidad, pero el caso paradigmático –y que con mayor frecuencia se presentará a la decisión de la Comisión– es, sin duda alguna, el de la locación de servicios que pretende encubrir un contrato de trabajo, amparándose, supuestamente, en una libre y espontánea decisión de las partes y en una pretendida autonomía del servicio prestado por el locador. Un encubrimiento de esta naturaleza tiene por finalidad la elusión de los derechos y obligaciones que se derivan de una relación de naturaleza laboral.

Sobre el particular, la Primera Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 1164-2009/SC1-INDECOPI ha señalado que para presumir la existencia de un contrato de trabajo deben confluir necesariamente la prestación personal del servicio, la contraprestación remunerativa y el vínculo de subordinación jurídica, elementos de la relación laboral que el solicitante del reconocimiento del crédito deberá acreditar mediante la documentación necesaria que permita la verificación de las manifestaciones o rasgos sintomáticos de la relación laboral. Habrá que observar, no obstante, si la posición del Tribunal de Defensa de la Competencia se encamina hacia la aplicación de la presunción de laboralidad recogida por el artículo 23.2 de la Ley Nº 29497,

nueva Ley Procesal del Trabajo, para los procesos laborales, en virtud de la cual solo será necesario que se acredite la prestación personal de servicios para que se presuma que la relación es una de naturaleza laboral y a plazo indeterminado. En tal circunstancia, se revierte la carga de la prueba, correspondiéndole al reputado empleador acreditar que el contrato no es de trabajo, o que siéndolo está sujeto a modalidad (plazo fijo).

Sin embargo, es también posible que lo contrario a la intensión de eludir las obligaciones laborales ocurra, es decir, que las partes simulen la existencia de un contrato de trabajo para obtener indebidamente los favores, no tanto de la legislación laboral, sino la de carácter previsional. Otros supuestos comunes son la contratación de personal a través de figuras de intermediación laboral no permitidas y la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad escondiendo relaciones de trabajo indeterminado. En todos estos casos, aún cuando se cuente con el consentimiento del trabajador, deberá preferirse la realidad frente a la apariencia, dejando sin efecto el acto de encubrimiento.

Las consecuencias de aplicación de este principio por parte de la Comisión son importantes y tienen una repercusión directa en el crédito reconocido. Así, la calificación como laboral de una relación contractual establecida formalmente por las partes como civil, supone necesariamente reconocer los beneficios laborales no reconocidos ni pagados por el empleador. Pero además, dichos créditos se desplazan automáticamente del quinto al primer orden de preferencia.

4. Reconocimiento de créditos laborales en caso de acreedores vinculados

La institución de la vinculación entre acreedor y deudor en materia concursal tiene por finalidad *"(…) que se active una presunción válida acerca de la posibilidad de que dicho vínculo o relación pueda influir negativamente en el desenvolvimiento de estos durante el proceso concursal (…)"*[(12)]. De esta manera, la institución en cuestión lo que pretende es evitar que los acreedores vinculados perjudiquen a los acreedores que no lo son, al velar por los intereses del deudor en lugar de actuar de manera transparente e independiente.

Así, entre las relaciones que evidencian relación entre deudor y acreedor, y que deben ser declaradas por ambos en la primera oportunidad que se apersonen a la Comisión, se encuentran las relaciones laborales de dirección

(12) GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo S. "Sospechosos comunes. La vinculación entre deudor y acreedor en el sistema concursal peruano y sus consecuencias". En: *Foro Jurídico*. Año II, Nº 13, febrero, 2004, pp. 145.

o de confianza, conforme al literal c) del numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley Concursal.

Al respecto, según lo dispuesto por el artículo 43 de la LPCL, el personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Por su parte, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. También son considerados trabajadores de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

El Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728, establece en su artículo 59 la necesidad de calificar los puestos de dirección y de confianza, comunicando la decisión empresarial a los trabajadores afectados y consignando la calificación en el libro de planillas y las boletas de pago. No obstante, el incumplimiento de esta formalidad no desnaturaliza la calidad del cargo si puede demostrarse que es efectivamente de dirección o de confianza. En este mismo orden de ideas, la LPCL establece que en la calificación no se ampara el abuso del derecho, por lo que los trabajadores afectados podrían también demostrar que no tienen la calidad que su empleador les ha atribuido.

¿Lo anterior significa que un trabajador calificado como de dirección o de confianza puede cuestionar tal calificación ante la Comisión, a fin de que su crédito no se considere como un crédito vinculado, amparado en el principio de primacía de la realidad reconocido en el artículo 40 de la Ley Concursal? ¿Podría la Comisión, al amparo también del mismo principio, establecer de oficio que determinada relación es de dirección o de confianza, a pesar de que no haya sido calificada como tal por el empleador?

Debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley Concursal, el reconocimiento de los créditos invocados por acreedores vinculados al deudor, solo podrá ser efectuado por la Comisión. Por tanto, es a esta a la que, invocando el principio de primacía de la realidad, se le podría solicitar, ya no tanto una calificación sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual, sino, sobre la base de asumir que la relación es de naturaleza laboral, que establezca si es o no de dirección o de confianza.

En efecto, en la resolución Nº 0087-2010/SC1-Indecopi, la Primera Sala de Defensa de la Competencia revocó la resolución de la Comisión que declaró

la vinculación entre la solicitante y la deudora por considerar que sus labores no eran ni de dirección ni de confianza. En este caso, la solicitante cuestionó ante la Sala la declaración de vinculación con la deudora que la Comisión efectuó sobre la base de un escrito en donde, bajo declaración jurada, la misma solicitante había manifestado tener vinculación. Esto deja en evidencia que el objetivo en el reconocimiento y declaración de los créditos laborales, en materia concursal consiste en todo momento en privilegiar los hechos sobre las formas, esto es, aplicar el principio de primacía de la realidad.

Sin embargo, si bien el principio de primacía de la realidad supone que la Comisión o la Sala deben preferir los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito, es importante resaltar que el artículo 61 del Decreto Supremo N° 001-96-TR establece que la impugnación de la calificación en cuestión debe hacerse en sede judicial y dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva.

Por tanto, en la medida que se haya seguido dicho procedimiento y exista un pronunciamiento judicial al respecto, no sería posible su revisión por la Comisión. Por el contrario, en defecto de pronunciamiento judicial firme, consideramos que sí sería posible que la Comisión desvirtúe una calificación indebida del empleador o que proceda a calificar las relaciones de dirección y de confianza no efectuadas por el empleador. En ambos casos, la decisión de la Comisión solo tendría efectos para el procedimiento concursal[13].

III. LA CESIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Un tema que ha cobrado reciente importancia es el de la validez de la venta de los créditos laborales que son reconocidos como tales en un procedimiento concursal. Utilizando la figura de la cesión de posición contractual, el trabajador que tiene un crédito laboral reconocido termina cediendo su posición a un tercero a cambio del pago una suma dinero que resulta inferior al monto total de dicho crédito. El debate se centra, por tanto, en determinar

(13) Por lo general es el trabajador el interesado en que sus créditos no sean calificados como vinculados, pero ocurre también que muchas veces son otros acreedores los que, con una posición contraria, manifiestan su interés en que determinados créditos sí sean declarados como vinculados, como lo pone de manifiesto la Resolución N° 1518-2009/SC1-INDECOPI.En este caso, el acreedor de una empresa en liquidación cuestionó que la Comisión no hubiese declarado la vinculación de un trabajador que, a su criterio, fue personal de confianza. La Primera Sala de Defensa de la Competencia determinó, por el contrario, que el trabajador sí se había desempeñado como personal de confianza, por lo que declaró la existencia de vinculación entre dicho trabajador y la empresa deudora.

si dicho acto de cesión encubre o no una renuncia de derechos laborales, y si bien el Indecopi ya se ha pronunciado a favor de su validez, consideramos que los argumentos utilizados esta entidad para justificar y validar la venta de los créditos laborales resultan cuestionables, siendo por ello necesario reflexionar sobre este tema en las líneas siguientes.

1. El reconocimiento del principio de irrenunciabilidad de derechos en la Ley Concursal

El artículo 69.2 de la Ley Concursal señala respecto de los créditos laborales que es inválida la renuncia al orden de cobro que les corresponde. Nótese que la norma concursal es enfática en señalar que dicha renuncia es inválida, tanto si es realizada por el representante de los créditos laborales como a título individual. Dicha disposición va de la mano con el superprivilegio del que gozan los créditos laborales(14), lo que equivale a consagrar el principio laboral de irrenunciabilidad de derechos en el campo del derecho concursal.

El principio de irrenunciabilidad de derechos está recogido en el artículo 26 de la Constitución y actúa, según el indicado precepto, respecto de derechos reconocidos al trabajador en sede legal y constitucional. Su fundamento es doble: (i) el espíritu protector que inspira al Derecho del Trabajo; y (ii) el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina. Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Constitucional(15), que señala además que "*La Constitución protege (…) al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia- se perjudique*"(16).

De otro lado, el carácter imperativo de las normas laborales, impide que los derechos reconocidos en ellas sean desconocidos por la autonomía privada,

(14) En el mismo sentido ROJAS LEO, Juan Francisco. *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 233.

(15) Véase por todas la sentencia del TC recaída en el Exp. Nº 3156-2004-AA/TC (fundamento 3).

(16) Sentencia recaída en el Exp. Nº 2906-2002-AA/TC (fundamento 6). En el mismo sentido, véase las sentencias recaídas en las Casaciones Nºs 1507-2004-Lima y 476-2005-Lima. Esta última señala que *"(…) el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar. Así, la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta a las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral"*.

contando para ello el propio ordenamiento jurídico con mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas. En ese sentido, precisa el TC que, *"de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno"*[17], quedando incólume, por tanto, el derecho que se pretendió relegar en forma inválida.

De esta manera, el principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aun contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico. Según una acreditada doctrina, para que ocurra una renuncia de derechos, resulta indispensable la decisión de su titular de abandonarlos de forma irrevocable[18] y de hacerlo sin contraprestación alguna[19].

Asimismo, este principio suele moverse en el campo de las normas imperativas, concretamente de derecho necesario relativo, es decir, aquellas normas, por lo general de origen estatal y convencional, que establecen mínimos o pisos, por debajo de los cuales no puede actuar la autonomía individual. En esa medida, los derechos consagrados en este tipo de normas resultan indisponibles para el trabajador. En el caso de las normas de derecho dispositivo, que son fundamentalmente las de origen consuetudinario y contractual –incluso las de origen estatal o convencional, si se proclaman ellas mismas como dispositivas–, es válido el acto de disposición de los derechos que dichas normas regulan, no operando, en estos casos el principio de irrenunciabilidad.

Nótese que si bien la Constitución prohíbe la renuncia de derechos, no se pronuncia respecto de otras figuras afines, como por ejemplo, la transacción o la venta de derechos. Debe tenerse en cuenta que si bien la renuncia implica una disposición de derechos, no constituye la única forma de hacerlo. La disposición es una figura de mayor amplitud que supone la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular[20].

En cualquier caso, habrá que cuidar que las otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia o que impida al trabajador

(17) Sentencia recaída en el Exp. Nº 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

(18) DE LA VILLA, Luis Enrique, "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: *Revista de Política Social*. Nº 85, Madrid, 1970, p. 8.

(19) OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de los derechos del trabajador*. IEP, Madrid, 1971, p. 190.

(20) PRADOS DE REYES, Francisco. "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores". En: *Revista de Política Social*. Nº 127, Madrid, 1980, p. 55 y ss.

recurrir al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la venta o cesión de créditos laborales sería una forma más de disposición de derechos, pero habrá que establecer en cada caso concreto si esta encubre o no una renuncia de derechos, porque de hacerlo el Indecopi está en la obligación de decretar su nulidad.

Es importante anotar que, como regla, el artículo 1208 del Código Civil permite la cesión de toda clase de créditos, incluso aquellos discutidos en sede judicial, arbitral o administrativa. No obstante, el artículo 1210 del indicado cuerpo normativo establece la improcedencia de la cesión –entre otros supuestos–, cuando aquella resulte contraria a la naturaleza de la obligación. Es precisamente este supuesto el que permitiría cuestionar la cesión de los créditos laborales[21], en particular de aquellos que provengan de normas imperativas.

2. La venta de créditos laborales: argumentos del Indecopi de por qué esta no supone una renuncia de derechos

La Primera Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución Nº 0429-2009/SC1-Indecopi, declaró –como en tantos otros de sus pronunciamientos– que no existe renuncia de derechos laborales cuando el acreedor laboral cede a un tercero sus créditos. Así, entre los criterios señalados por el Tribunal para sostener que no existe renuncia de derechos encontramos básicamente los siguientes: (i) que el principio de irrenunciabilidad de derechos opera solo en el marco de una relación laboral; (ii) que la cesión de créditos laborales no implica una renuncia de derechos toda vez que a cambio de esta se percibe una contraprestación económica; y, (iii) que la cesión de créditos resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes y que se encuentra excluida del Derecho Laboral.

Así en el considerando número 19 de la resolución comentada, la Sala señaló lo siguiente:

> "*A criterio de esta sala, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que para que sea posible la invocación del principio de irrenunciabilidad de derechos ante un conflicto de intereses, debe existir una relación laboral entre las partes. De ahí que, en el caso de una negociación entre el trabajador y un tercero, distinto a su empleador, no podría invocarse la aplicación del principio de irrenunciabilidad toda vez que el*

(21) Como ocurre en el ordenamiento francés, que expresamente lo prohíbe. Cfr. BOILLOD, Jean Pierre. *Manuel de Droit*, 1997, p. 135, citado por GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit, p. 133.

trabajador, en su condición de ciudadano, se encontrará ejerciendo su derecho de libertad de contratar, regido por los principios del derecho civil, sin que se le extienda la protección propia del ordenamiento laboral pues no puede presumirse que se encuentra en una situación de desventaja frente a cualquier tercero, como la que normalmente presenta frente a su acreedor".

La sala pierde de vista con facilidad la naturaleza laboral de los intereses que están en juego, recurriendo sin matices a fundamentos del derecho común y olvidando que el procedimiento concursal ha sufrido un proceso de socialización, incorporando reglas y principios propios del derecho del trabajo, así como la impronta tuitiva que esta disciplina supone. No otra cosa significa que la Ley Concursal haya recogido principios como el de primacía de la realidad o el de irrenunciabilidad de derechos que venimos analizando, o la propia prelación que se le asigna al cobro de los créditos laborales.

Este proceso de socialización o "laboralización" del procedimiento concursal –al que hacíamos referencia al inicio del presente trabajo– se hace más evidente –y necesario– en un contexto de insolvencia de la empresa y con un procedimiento regido por el ordenamiento civil o mercantil. Por tanto, con la declaratoria de insolvencia de una empresa ni el trabajador se aleja de su condición de tal, ni los derechos indisponibles originados en normas imperativas pierden esa naturaleza.

En ese sentido, no parece correcto generalizar que en una cesión de derechos el trabajador interviene como un simple ciudadano, "despojado" de su condición laboral, o que ejerce, sin desventaja alguna, su derecho de libertad de contratar frente a terceros distintos de su empleador(22). Aquí resulta necesario realizar un tratamiento más prudente del principio de irrenunciabilidad de derechos a fin de que cumpla el rol tutelar que constitucionalmente tiene asignado, porque es evidente que una situación de crisis económica o insolvencia de la empresa podría acrecentar la posición de minoridad e indefensión del trabajador.

Lo anterior nos permitiría plantearnos la posibilidad de referirnos a la figura del empleador en términos amplios, y no circunscrita a la estricta relación

(22) Antes bien, conviene recordar que en el estadio actual de las relaciones laborales se presenta una situación de signo inverso, en el que los derechos de ciudadanía –conforme a una consolidada doctrina científica y jurisprudencial– han anclado en el ámbito de la empresa, reconociéndole al trabajador derechos como ciudadano-trabajador (derecho a la intimidad, libertad de expresión, etc.). Por su parte, la libertad de contratar, como manifestación de la autonomía privada individual, es uno de los derechos indiscutiblemente mediatizados por la heteronomía estatal y la autonomía colectiva.

del trabajador y del sujeto que lo contrató y para quien directamente prestó sus servicios. Se trata, en definitiva, de evitar operaciones de cesión de créditos que puedan encubrir una renuncia de derechos, como ocurriría, por ejemplo, si el tercero con el que el trabajador negocia la cesión de sus créditos laborales resulta ser una empresa vinculada a su empleador.

De otro lado, en el fundamento números 22 y 23 la sala señala que:

> "*En una cesión lo que se transfiere es un derecho a cambio de una determinada contraprestación (…) El costo de oportunidad se entiende como aquel en que se incurre al tomar una decisión y no otra, esto es decidir ceder el derecho de cobranza de un crédito a cambio de un beneficio económico actual o, de lo contrario, mantener el referido derecho con la expectativa futura de cobranza. Así la disposición voluntaria de un crédito obtenido como consecuencia de la prestación de servicios frente al empleador, a través de la figura de la cesión, determina que el interés del cedente es satisfecho a las circunstancias en que se encuentra*".

Estamos, sin duda, ante otro punto controvertido. Cabe anotar que si bien respecto del adeudo de beneficios laborales las transacciones judiciales y extrajudiciales están permitidas, el fundamento de dicha permisividad se encuentra en la naturaleza dudosa o litigiosa de la controversia. Es decir, existe incertidumbre sobre si le corresponde o no al trabajador el derecho que reclama, y cuando el derecho es de índole económico, la controversia suele alcanzar a la cuantificación de este o, lo que es lo mismo, a la determinación del monto total de la suma adeudada.

Pero, determinado el derecho y, en su caso, el monto que debe pagarse al trabajador –esa es la tarea que realiza la Comisión cuando reconoce un crédito laboral en un procedimiento concursal–, la incertidumbre desaparece, y el acto de disposición por parte del trabajador de ese derecho –en concreto, la venta de un crédito a un menor precio del reconocido por la Comisión–, si proviene de una norma imperativa, alberga un acto de renuncia y, como tal, es nulo. Y es nulo, desde nuestro punto de vista, independientemente de que se trate de un acto oneroso y de que se haya celebrado con un tercero distinto del empleador[23].

Finamente, en el fundamento número 24 la sala indica que:

(23) Piénsese, por ejemplo, en la venta de vacaciones por un periodo mayor a los 15 días permitidos por nuestro ordenamiento. Para GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit. p. 132, si sería posible la cesión de derechos a título oneroso, mientras que la cesión unilateral, sin contraprestación alguna la califica como una renuncia de derechos.

"*En materia concursal, la cesión de créditos laborales a favor de un tercero resulta ser equivalente a cualquier operación comercial realizada entre dos partes en igualdad de condiciones, por lo que no estaría enmarcada en el ámbito del ordenamiento laboral, sino que se rige por las disposiciones del Derecho Civil. (…) En efecto, en dicho acuerdo la voluntad del empleador o ex empleador no resulta determinante, por lo que extender una protección propia del derecho laboral a la relación entablada entre un tercero implicaría una limitación al ejercicio de su derecho a la libertad contractual, pues se encontraría impedido de celebrar actos jurídicos respecto de los créditos obtenidos de una relación laboral*".

Consideramos que toda cesión de créditos laborales no puede de manera automática calificarse como una operación comercial cualquiera sino que antes de ello es necesario evaluar al tercero con el que el trabajador realiza la cesión. Por ello, más allá de lo cuestionable que pueden resultar la resolución de la sala comentara, resulta rescatable cuando la misma sala señala en el fundamento 26 que:

"Asimismo, (…) [el tercero] tampoco se trataba de empresa vinculada a (…) [la deudora] lo que podría generar dudas respecto de extender la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos a empresas que forman parte de un mismo grupo económico".

En efecto, si bien la sala lo plantea en término de dudas, es rescatable que la misma no se cierre como parece hacerlo en un primero momento a que el principio solo operará en el marco de una relación laboral.

3. Consecuencias de la venta de créditos laborales

Ahora, una vez cedidos los créditos laborales ¿estos mantienen el primer orden de preferencia en el cobro? Al respecto, la pregunta no es gratuita toda vez que debe recordarse que el primer orden de prioridad de tales créditos se fundamenta en el carácter alimenticio que la remuneración tiene para el trabajador. Por tanto, si el trabajador ya cedió sus créditos a un tercero ¿tiene sentido que estos conserven el primer orden de prioridad? ¿Habría justificación para que así sea?

Sobre el particular, la sala en la Resolución Nº 0018-2008/TDC-INDECOPI estaría dando a entender que los créditos laborales cedidos mantienen el primer orden de prioridad. En el presente caso un tercero adquirió los créditos laborales de un grupo de trabajadores de una empresa en liquidación y cuando, posteriormente, la deudora procedió a cancelar los créditos laborales adquiridos por el tercero, se cuestionó que al no haber sido este reconocido como acreedor de la deudora, no podía efectuarse el cobro. En este caso, más

allá de lo resuelto sobre el cuestionamiento efectuado, cabe destacar lo señalado por la sala, en el sentido que:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 de la Ley General del Sistema Concursal, y también por el artículo 78 de la Ley de Reestructuración patrimonial, normas aplicables a los hechos materia de investigación, el liquidador estaba obligado a pagar los créditos debidamente reconocidos por la Comisión en el orden de preferencia que les corresponda, al acreedor que sea titular de los mismos a la fecha de pago, incluso si este último no cuenta con un reconocimiento previo por parte de la citada autoridad administrativa".

De esta manera, si cuando la Comisión reconoce unos créditos que gozan del primer orden de preferencia, como ocurre con los créditos laborales, así estos sean cedidos a terceros que no cuentan con la condición de acreedores laborales, tales créditos deberán ser cancelados en el primer orden de preferencia. Ello supone que el privilegio de primer orden de los créditos laborales se mantiene aun en caso de su cesión(24).

IV. LA REPRESENTACIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES

Conforme a lo señalado por el artículo 47.2 de la Ley Concursal, los créditos laborales están representados ante la junta de acreedores por un único representante que es designado –no elegido– por la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT). Nótese que no se trata de un acto discrecional de la AAT, sino de una decisión reglada, sometida a lo que sobre el particular establece la resolución ministerial de desarrollo de la Ley Concursal, norma ministerial que, por lo demás, recoge los lineamientos establecidos en la octava disposición final de la citada ley. Estos lineamientos demandan que sean los propios acreedores laborales los que elijan a sus representantes, y que estos gocen de facultades suficientes para adoptar cualquier acuerdo previsto en la Ley Concursal.

Precisamente, fue en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Concursal que se expidió la Resolución Ministerial Nº 324-2002-TR, de 19 de noviembre de 2002, aprobándose el Reglamento de elección y designación de representantes de créditos laborales ante la junta de acreedores sometidos a

(24) Como señala GUZMÁN-BARRÓN. Ob. cit., p. 132, *"La cesión de créditos es una especie de cesión de derechos, e importa la transmisión del crédito y sus accesorios (privilegios, garantías reales y personales, etc.), salvo que las partes hayan pactado en contrario"*. Por tanto, concluye la autora, *"La cesión del crédito laboral reconocido por la autoridad concursal correspondiente, supone también la cesión del privilegio, por lo cual el cesionario ocupará el primer orden de prelación en el pago"*.

procedimiento concursal, norma que fue modificada posteriormente mediante Resolución Ministerial Nº 008-2004-TR, de enero de 2004. El procedimiento de elección –y de remoción, de ser el caso– del representante es el siguiente.

En primer lugar, se establece que son dos los representantes que deben designarse: uno titular y otro suplente. Las candidaturas para la elección de los representantes pueden presentarse en forma individual o en lista de dos miembros, pero en este último caso se deberá indicar quién postula al cargo de representante titular y quién al de suplente. Cabe señalar que la convocatoria al proceso eleccionario puede hacerla la organización sindical (en caso de existir), cualquier acreedor laboral o incluso el propio deudor. La resolución ministerial precisa que una vez desinados los representantes ambos podrán asistir en forma conjunta a la junta, pero el derecho a voto corresponderá únicamente al representante titular.

En segundo término, se consagra un sistema de votación por personas, es decir, se considera un voto por cada acreedor (trabajador o extrabajador), independientemente de la proporcionalidad de su crédito. La votación será individual, secreta, directa y nominal, debiendo acreditar los votantes su identidad y calidad de acreedores laborales. No obstante, si alguno tuviese impedimento para asistir al eleccionario, podrá delegar su representación a otra persona mediante carta poder simple. Será elegido como representante ante la Junta de acreedores el trabajador o extrabajador o la lista que hubiese alcanzado mayoría simple. Concluida la votación, se levantará un acta del acto electoral que se pondrá en conocimiento de la AAT, a fin de que esta formalice la designación correspondiente, como se verá seguidamente.

En efecto, la norma en cuestión precisa que la AAT designará a los representantes de los créditos laborales respetando la elección realizada por los acreedores laborales. En ese sentido, la AAT cumple un rol esencialmente formal, de reconocimiento y acreditación de los representantes de los créditos laborales, a fin de que estos puedan actuar válidamente ante la junta de acreedores. Si no hay pronunciamiento dentro del plazo de cinco días útiles (computados a partir del día siguiente de la fecha de presentación de la solicitud) se considera denegada la solicitud (operando el silencio administrativo negativo). Esta resolución expresa o ficta es susceptible de apelación.

Finalmente, la resolución ministerial regula dos supuestos que de algún modo se encuentran vinculados: las causales de remoción de los representantes y los mecanismos de control de la actividad representativa, en ambos casos por parte de los electores. Esta última facultad es particularmente relevante porque denota con claridad que el mandato representativo otorgado a los representantes de los créditos laborales no es irrestricto. ¿Qué sucede, por ejemplo, en caso de que los representantes no sigan los acuerdos adoptados por el conjunto de

los acreedores laborales o cuando la actuación de dichos representantes es contraria a los intereses de sus representados? Cobra sentido entonces la obligación de los representantes elegidos de informar a los acreedores laborales de su gestión y de todo lo relacionado a sus actividades de representación.

Los actos de representación ante la Comisión y ante la junta de acreedores pueden presumirse legítimos, pero eso no obsta para que queden fuera del control o fiscalización por parte de los acreedores laborales. De modo tal que si estos no se encuentran conformes con sus representantes y reúnen a no menos del 20 % del total de acreedores laborales reconocidos por la Comisión, podrán realizar nueva convocatoria para su reemplazo. El reemplazo o remoción de los representantes procede también en caso de su renuncia o muerte.

DERECHO COLECTIVO

EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL

JAIME ZAVALA COSTA[1]

El hombre no será sabio hasta que resuelva toda clase de conflictos con las armas de la mente y no con las físicas.

Werner Braun

Los intelectuales resuelven los problemas; los genios, los evitan.

Albert Einstein

I. INTRODUCCIÓN[2]

El avance de los tiempos y las transformaciones en los procesos de producción requieren de instrumentos que permitan adecuar las condiciones laborales y la fuerza de trabajo a los nuevos paradigmas productivos. El desafío es el cambio.

Las relaciones laborales siempre han estado marcadas por el conflicto constante entre los trabajadores y el empleador, siendo uno de ellos el de índole colectiva. Para ello, se han delineado diversos mecanismos de prevención y solución de conflictos, siendo el de la negociación colectiva el mecanismo por excelencia para prevenirlos o para componerlos de forma autónoma.

(1) Socio principal de Ferrero Abogados. Presidente de la SPDTSS. Ex Ministro del Trabajo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y del Diplomado de la UPC. Presidente del Tribunal del Servicio Civil.

(2) Deseo expresar mi agradecimiento a Claudia Cermeño Durand por su valiosa colaboración en la investigación y preparación del presente trabajo.

De ahí que resulte imprescindible dotar a la negociación colectiva de herramientas que permitan una efectiva y verdadera negociación, de modo que coadyuven a que el empleador y los trabajadores puedan arribar a acuerdos respecto de sus puntos controvertidos previniendo o solucionando el conflicto. La negociación colectiva no puede ser estática.

Precisamente, consideramos que la posibilidad del empleador de presentar nuevas propuestas al pliego de reclamos presentado por el sindicato, también denominado "contrapliego empresarial", se enmarca dentro del conjunto de dispositivos que dinamizan la negociación colectiva, dotando a las empresas de la flexibilidad necesaria para adecuar sus necesidades a los nuevos requerimientos organizacionales y procesos productivos.

En ese marco, este artículo tiene como propósito estudiar y reflexionar sobre el contrapliego empresarial como una variable dentro de la negociación clásica, en tanto instrumento de flexibilización y como respuesta a las transformaciones de la globalización, que configuran una nueva escena internacional.

De esta manera, primero indicaremos por qué la negociación colectiva constituye el mecanismo más idóneo para la solución de conflictos de naturaleza colectiva, siendo por ello necesario reforzar su empleo y potenciar su eficacia. En segundo lugar, nos referiremos al contrapliego empresarial, revisaremos su regulación nacional y comparada, y analizaremos sus principales ventajas en materia de negociación colectiva. Por último, comentaremos cómo el contrapliego se constituye como una vía dúctil durante la negociación colectiva, con la finalidad de adaptarla a los nuevos paradigmas productivos.

II. LOS CONFLICTOS LABORALES Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

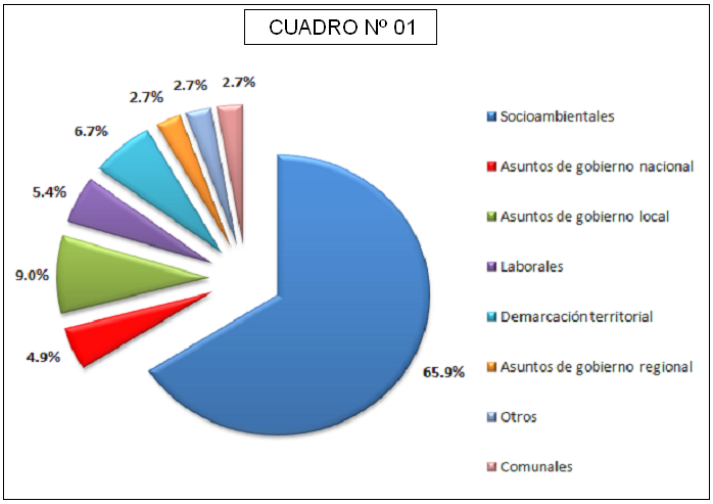
La naturaleza conflictiva de las relaciones de trabajo ha ocasionado el surgimiento de diversos mecanismos orientados a prevenir o solucionar tales controversias. De esta manera, antes de indicar por qué consideramos que la negociación colectiva resulta ser el mecanismo más eficaz, primero nos referiremos brevemente a los conflictos de trabajo y a los mecanismos de previsión y solución de controversias que en la actualidad existen.

1. Los conflictos de trabajo

Los conflictos son todas aquellas situaciones de discrepancia entre las partes de una relación, cuya intensidad es variable, y pueden hallarse latentes o haberse exteriorizado. Como indica Antonio Ojeda Avilés: "(…) a nivel social, podría decirse que las discrepancias –la conflictividad– se encuentran

por doquier, girando en torno a las diferencias de sexo, edad, condición social, raza, origen, etc." (1995, p. 393).

Tratándose de la realidad nacional, al mes de agosto del año 2013, los principales conflictos se encuentran relacionados a aspectos socioambientales, asuntos de Gobierno nacional, local y regional, asuntos laborales, de demarcación territorial, entre otros. De aquellos, los conflictos laborales ocupan el cuarto lugar de los conflictos más frecuentes en el país con un porcentaje del 5,4 % (ver cuadro Nº 01)(3).



Al respecto, las controversias o divergencias laborales que se generan entre empleadores y trabajadores pueden tener su origen en diversos motivos. Por un lado, pueden tener una causa de orden jurídico (normativo o contractual), en cuyo caso estamos ante un conflicto de derecho (por ejemplo: despido arbitrario, desnaturalización del contrato de trabajo, entre otros). De otro lado, pueden tener una causa económica, en cuyo caso nos encontramos frente a un conflicto de tipo económico o de intereses, siendo el caso paradigmático el conflicto colectivo que da origen a la negociación colectiva.

De esta manera, los conflictos laborales pueden clasificarse en los siguientes:

(3) Información obtenida del Reporte de Conflictos Sociales Nº 114, de agosto 2013, emitido por la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo. <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2013/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-114---Agosto-2013.pdf>.

a) **Conflictos individuales de trabajo:** son de naturaleza jurídica y versan sobre la aplicación de una norma o de algún derecho cuya fuente puede ser contractual. Tienen como marco la relación de trabajo (no necesariamente vigente) y pueden involucrar a personas distintas del trabajador (por ejemplo: demandas de sucesión procesal o demandas planteada por herederos del trabajador).

b) **Conflictos plurindividuales:** son similares a los conflictos individuales, pero involucran a una agrupación de personas.

c) **Conflictos colectivos:** estos conflictos pueden ser de carácter jurídico y sujetarse a un mecanismo jurisdiccional o arbitral de declaración de derechos, o a través de la autotutela. Asimismo, estos conflictos también pueden ser de carácter económico o de intereses, en cuyo caso el conflicto se plantea con el objetivo de crear una norma jurídica interna y los mecanismos de solución pueden ser de índole negocial (en trato directo), conciliatorios, de mediación y autotutelares (huelga).

   Los conflictos económicos o de intereses se caracterizan por la presencia de actores sindicales (sindicatos, federaciones o confederaciones) que buscan crear normas sobre condiciones de trabajo y remuneraciones respecto del empleador (o grupo de empleadores). Este objetivo se materializa en nuestro país principalmente, a nivel de empresa[4]. Asimismo, en virtud del rol constitucional del Estado como promotor de formas pacíficas de solución de los conflictos laborales[5], este debe establecer reglas y procedimientos que viabilicen su solución (por ejemplo, normas sobre legitimidad negocial, normas sobre el procedimiento de negociación: recepción del pliego, entrega de información por parte del empleador, requisitos para el ejercicio regular del derecho de huelga, las reglas para acudir al arbitraje potestativo, entre muchas otras).

2. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos - MARC

Los caminos para resolver los conflictos, en general, son indefinidos y, entre ellos destacan los siguientes: (i) la política del diálogo; (ii) el reconocimiento del derecho de información; (iii) la consulta previa; (iv) los mecanismos de participación de los trabajadores; (v) el sistema normativo equilibrado.

(4) Situación distinta a la que se presenta en otros ordenamientos, bajo los cuales tiene preeminencia la fijación de condiciones laborales y remunerativas al nivel de rama o actividad económica.

(5) De acuerdo a lo establecido en el artículo 28 inciso 2) de la Constitución Política del Perú de 1993.

Sin embargo, ninguno de ellos constituye un mecanismo preventivo infalible; por el contrario, para su eficiencia dependen de los factores circundantes que conforman el contexto, de elementos circunstanciales o extraños que pueden anular, neutralizar o diluir sus efectos (tales como factores sociales, económicos, culturales, políticos, ideológicos, entre otros).

La principal ventaja de los MARC es que posibilitan la solución de los conflictos laborales, consolidando una cultura de paz por medio del diálogo. Asimismo, permiten encontrar una solución más rápida, justa y efectiva a los conflictos. Por último, fortalecen la democracia en sus distintos niveles y la participación ciudadana.

Los MARC se pueden dividir principalmente en dos tipos de mecanismos: (i) los autocompositivos y; (ii) los heterocompositivos. Los autocompositivos son aquellos mecanismos en los cuales las propias partes dan solución a la controversia a través de un acuerdo obtenido en una negociación directa, en una conciliación o en una mediación. A su vez, dentro de estos mecanismos es posible distinguir los siguientes grupos:

- Los autocompositivos directos son aquellos mecanismos donde las partes resuelven sus conflictos sin la ayuda de un tercero, con lo cual se obtiene un resultado consistente en: allanamiento, desistimiento o transacción.

- Los autocompositivos indirectos son los que permiten a las partes resolver sus conflictos con la ayuda consentida de un tercero (conciliador o mediador) para que, actuando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a resolver el conflicto mediante la autocomposición.

Por su lado, los heterocompositivos son aquellos mecanismos en virtud de los cuales un tercero interviene para definir la controversia, es decir, las partes se someten a la decisión de un tercero, quien resolverá la controversia. Es el caso del arbitraje.

3. La importancia de la negociación colectiva como mecanismo ideal de solución de controversias

Conforme a lo señalado anteriormente, el artículo 28 de nuestra Constitución señala que el Estado promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En materia laboral, los principales MARC son los siguientes:

a) **Negociación directa**: constituye un proceso de comunicación y diálogo directo entre las partes de la relación laboral a través de la cual dan solución al conflicto por mutuo acuerdo.

b) **Conciliación**: es un mecanismo a través del cual tales partes llegan a una solución con la ayuda de un conciliador, quien las acerca al diálogo mas no propone alternativas de solución.

c) **Mediación**: es un proceso de negociación en el que las partes apoyadas por una persona llamada "mediador", descubren sus intereses para solucionar el conflicto presentado. En este caso, el mediador podrá proponer fórmulas de solución al conflicto si las partes se lo solicitan.

d) **Arbitraje:** a través del este mecanismo las partes delegan a un tercero llamado "árbitro", la solución definitiva de la controversia, la cual se materializará a través de un laudo arbitral, el cual será de cumplimiento obligatorio para ambas y tendrá similar naturaleza a la de un convenio colectivo.

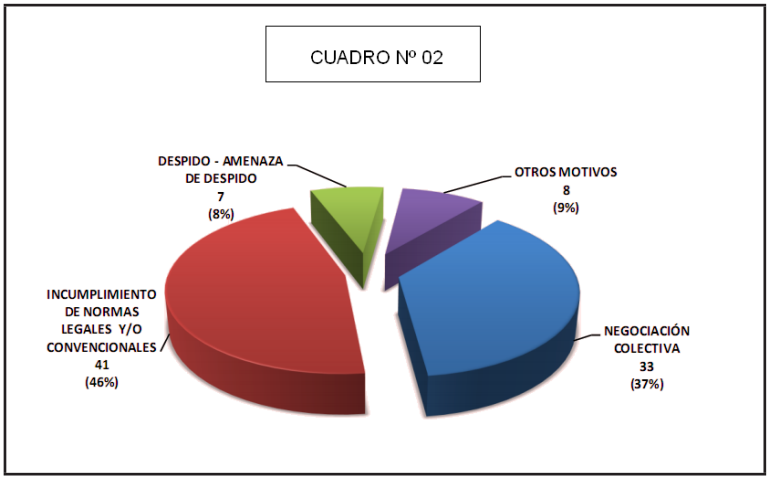
e) **Resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo:** cuando, fracasados los otros mecanismos, la organización sindical ejerce su derecho a la huelga, y esta se prolonga excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o deriva en actos de violencia o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar esta, resolverá en forma definitiva, teniendo su resolución, naturaleza de convenio colectivo.

No obstante la importancia y utilidad que cada uno de los mecanismos indicados puede representar respecto de la solución de conflictos, en nuestra opinión, la negociación colectiva resulta ser la vía óptima para solucionar cualquier conflicto colectivo de intereses. De hecho, el trato directo es la primera vía por la que se intenta componer el conflicto y a falta de acuerdo en aquella es que se acude a la asistencia de un tercero para dirimir el conflicto.

Al margen de lo ya expuesto, los sujetos negociales pueden recurrir a cualquier regla o método de solución pacífica de los conflictos, en tanto que la propia Carta Magna contiene expresamente una fórmula abierta en ese sentido, donde la autonomía de la voluntad juega un rol determinante.

Ahora bien, tratándose de los conflictos de intereses se acota que no resulta posible distinguir entre conflictos potenciales o reales, sino que, tan solo *"(…) cabría distinguir entre el conflicto de intereses que no ha derivado en huelga u otra manifestación conflictiva externa y el conflicto de intereses 'abierto' traducido ya en alguna de las manifestaciones anteriores"* (Sala Franco, 2008, p. 99).

De esta manera, de las 89 huelgas registradas durante el año 2012 en el Sector Privado, aquellas que tuvieron su origen en conflictos de intereses o de índole económica, ascendieron a un total de 33 huelgas. En efecto, un 37 % de las huelgas registradas en el Sector Privado durante el periodo indicado, tuvieron por causa la solución de pliego de reclamos en el curso de una negociación colectiva (ver cuadro Nº 02)(6).



El hecho que el 37 % de las huelgas (conflictos colectivos abiertos) durante el año 2012 se haya originado en la negociación del pliego de reclamos nos advierte que en muchos casos existen dificultades para que las partes puedan componer los conflictos en su primera etapa, esto es, a través de la negociación colectiva.

De ahí la importancia por promover instrumentos y mecanismos que coadyuven a que los conflictos laborales puedan ser resueltos a través de la negociación colectiva. Si bien es aun una herramienta de incipiente utilización, un instrumento que ha demostrado ser de utilidad a tal objetivo es la incorporación por parte del empleador de una propuesta propia adicional al pliego petitorio presentado por la organización sindical al inicio de la negociación colectiva, con miras a flexibilizar la negociación. Este instrumento es el denominado "contrapliego empresarial", figura a la cual nos referiremos seguidamente.

(6) Información obtenida del documento de trabajo *Las huelgas en el Perú - 2012*, de la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2012/huelgas2012.pdf> .

III. EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL

El contrapliego empresarial es la facultad con la que cuenta el empleador para proponer cláusulas nuevas, modificatorias, derogatorias o sustitutorias de convenios colectivos anteriores. De esta manera, mediante esta potestad, el empleador puede introducir nuevos temas de negociación, así como denunciar aquellas convenciones colectivas obsoletas o desfasadas, mediante la propuesta de cláusulas modificatorias, derogatorias o sustitutorias de las previstas en los convenios anteriores.

Se trata 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. Por lo indicado, en los siguientes apartados profundizaremos en su estudio.

1. El fundamento del contrapliego empresarial

El empleador tiene derecho a presentar contrapliegos o contrapropuestas desde que es parte del conflicto laboral y, por ello, se encuentra dentro de los alcances de la autonomía colectiva, que se encuentra consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, cuando señala que el Estado *"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"*.

Al respecto, Mario Pasco Cosmópolis indica que la doctrina coincide en definir a la autonomía colectiva como el fenómeno que atribuye a grupos sociales contrapuestos la potestad de autorregular sus intereses privados (2010, pp. 190-191). Por su lado, Alfredo Villavicencio Ríos, la define como *"(…) el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)"* (2004, p. 48).

En efecto, la autonomía colectiva aplicada al Derecho del Trabajo se sustenta en el eterno conflicto social que existe entre el empleador y los trabajadores pues las relaciones de trabajo son intrínsecamente conflictuales, es decir, que *"(…) los intereses de trabajadores y empleadores son no solo distintos sino implicantes (sic), contradictorios entre sí (…)"* (Pasco Cosmópolis, 2010, p. 191).

Ahora bien, como señala Héctor-Hugo Barbagelata, en materia de las relaciones de trabajo es tradicional distinguir hasta tres protagonistas, estos son:

los trabajadores, empleadores y el Estado; aunque, en última instancia, estas se traban y concretan básicamente entre trabajadores y empleadores (1996, pp. 96-97). De hecho, desde que el conflicto latente está entre estos dos últimos actores es que el empresario siempre tendrá uno de los roles preponderantes en las controversias que se susciten en las relaciones laborales.

De ello se deriva el derecho del empleador a ser parte activa en el proceso de autorregulación de intereses y autocomposición de conflictos que pudiesen existir respecto de los trabajadores colectivamente organizados, lo que le otorga el derecho de presentar contrapliegos en el marco de una negociación colectiva, así como a los trabajadores les asiste el derecho de presentar el pliego petitorio que da origen a la negociación colectiva.

En este punto es preciso agregar que el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, ha reconocido que el derecho de los empleadores a presentar contrapliegos, se ajusta al principio de negociación libre y voluntaria, al señalar lo siguiente:

> *"La posibilidad ofrecida a los empleadores, conforme a la legislación, de presentar pliegos que contengan sus proposiciones a los fines de la negociación colectiva, si los mismos constituyen meramente una base para la negociación voluntaria a la que se refiere el Convenio núm. 98, no debe considerarse como una violación de los principios aplicables en la materia"*(7).

Ahora, si bien es cierto que el derecho del empleador a presentar contrapliegos deriva de la propia Constitución, consideramos que ello no resultaba suficiente para hacer efectivo su ejercicio.

Por lo antes indicado, fue acertada la decisión del legislador de dar tratamiento a este derecho a nivel de la norma que regula las relaciones colectivas de trabajo en el Perú; a saber, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante TUO de la LRCT)(8). En este sentido, en los próximos apartados abordaremos la regulación que a nivel nacional recibe el contrapliego empresarial, no sin antes referirnos –a título ilustrativo– al tratamiento que esta institución recibe en la experiencia comparada a nivel de nuestra región.

(7) Decisión recogida en el párrafo N° 931 de la quinta edición (revisada) de la *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.*

(8) Aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

2. El contrapliego empresarial en la experiencia comparada

Como lo indicamos, no basta con afirmar doctrinariamente el reconocimiento del derecho del empleador a presentar contrapliegos, sino que es necesario también que la legislación nacional regule los parámetros bajo los cuales se ejercerá aquel. Por ello, revisaremos brevemente el tratamiento o regulación que tiene la posibilidad de presentar contrapliegos en otros países de la región.

a) Chile

El Código de Trabajo chileno regula en capítulos separados la presentación y tramitación del proyecto de contrato colectivo que realizan los sindicatos o grupos negociadores de empresa de aquellos que efectúan otras organizaciones sindicales (dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa, una federación o confederación). Sin embargo, para ambos procedimientos, el Código de Trabajo regula el deber del empleador de dar respuesta por escrito al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato.

Así, tratándose de sindicatos o grupos de trabajadores de empresa, el artículo 329 del Código de Trabajo de Chile, indica lo siguiente:

> *"El **empleador deberá dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición.** En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del artículo 315, cuando dichos antecedentes no se hubieren entregado anteriormente.*
>
> *El empleador dará respuesta al proyecto de contrato colectivo dentro de los quince días siguientes a su presentación. Las partes, de común acuerdo, podrán prorrogar este plazo por el término que estimen necesario"* (el énfasis es añadido).

Por su lado, tratándose de los proyectos de contratos colectivos que presentan los sindicatos de dos o más empresas distintas, un sindicato interempresa, una federación o una confederación, el artículo 341 del Contrato de Trabajo de Chile dispone:

> *"La* ***comisión negociadora de los empleadores dará respuesta al proyecto de contrato colectivo dentro de los quince días siguientes al de su presentación.*** *Este plazo será de veinte días, contados del mismo modo, en caso que la comisión negociadora estuviese integrada por representantes de más de diez empresas.*
>
> *Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se estará a lo señalado en el artículo 330.*
>
> *Las respectivas comisiones negociadoras podrán prorrogar este plazo por el término que estimen necesario. La prórroga que se acuerde será general para las empresas que integren la misma comisión negociadora.*
>
> *Si la comisión negociadora de los empleadores no diere respuesta en la forma y plazos señalados en el inciso primero, se entenderá que acepta el proyecto, salvo la prórroga a que se refiere el inciso anterior. El mismo efecto se producirá respecto del o de los empleadores que no concurrieren a la respuesta de la comisión negociadora"* (el énfasis es añadido).

Como se observa, los artículos citados regulan lo que hemos denominado "contrapliego empresarial", puesto que se trata de la respuesta del empleador (artículo 329 del Código de Trabajo chileno) o empleadores (artículo 341 del Código de Trabajo chileno) al proyecto de convenio colectivo presentado por la organización u organizaciones sindicales.

De esta manera, la presentación del contrapliego empresarial en la legislación chilena está configurada como un deber del empleador y que se realiza inmediatamente después de que la organización sindical haya presentado su proyecto de convenio. En efecto, para continuar con la negociación es necesario que el empleador presente a la comisión negociadora su respuesta[9], y su no presentación está sancionada con una multa administrativa por parte de la inspección de trabajo y la presunción de que el empleador ha aceptado el proyecto de convenio colectivo entregado por el sindicato[10].

(9) El artículo 333 del Código de Trabajo de Chile indica que: "A partir de la respuesta del empleador las partes se reunirán el número de veces que estimen conveniente, con el objeto de obtener directamente un acuerdo, sin sujeción a ningún tipo de formalidades".

(10) El artículo 332 del Código de Trabajo de Chile dispone que: "Si el empleador no diere respuesta oportunamente al proyecto de contrato, será sancionado con una multa ascendente al veinte por ciento de las remuneraciones del último mes de todos los trabajadores comprendidos en el proyecto de contrato colectivo. La multa será aplicada administrativamente por la Inspección del Trabajo

b) Colombia

Por su parte, en Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo reserva la "titularidad del conflicto colectivo" a los sindicatos, lo que significa que *"(…) solo pueden negociarse los puntos que plantean los trabajadores en el llamado pliego, salvo que estos acepten considerar los del patrono"* (Puig F. & Hartz, 1999, pp. 123-124). No obstante ello, la legislación colombiana prevé la posibilidad de que tanto el empleador como los trabajadores "denuncien" el convenio colectivo, lo cual es considerado como una forma de presentación de contrapliego.

Al respecto, el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo señala lo siguiente:

> *"1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector del Trabajo del lugar, y en su defecto, ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional de Trabajo y para el denunciante de la convención.*
>
> *2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, esta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención".*

Sobre el particular, el laboralista colombiano Carlos Ballesteros ha señalado que *"La denuncia del empleador constituye un verdadero pliego de peticiones conocido en el argot sindical como 'contrapliego'. Y al denunciar la convención el empleador consagra las aspiraciones que pretende realizar"* (1999, p. 49). No obstante lo indicado, el citado autor señala seguidamente que *"Este hecho no obliga a los trabajadores a negociar el contrapliego; pero lo pueden hacer si quieren. Sin embargo, sucede que en la realidad se produce una enorme presión para que los trabajadores accedan a esta negociación"* (Ballesteros B., 1999, p. 49).

respectiva, en conformidad con lo previsto en el Título II del Libro V de este Código. Llegado el vigésimo día de presentado el proyecto de contrato colectivo, sin que el empleador haya dado respuesta, se entenderá que lo acepta, salvo prórroga acordada por las partes de conformidad con el inciso segundo del artículo 329".

En buena cuenta, la legislación colombiana deja al sindicato decidir si acepta los puntos denunciados por el empleador, de modo que sus peticiones se introduzcan en la negociación, de modo que se procure llegar a un acuerdo. Es decir, el solo hecho de presentar una suerte de contrapliego mediante la figura de la denuncia, no obliga a la organización sindical a negociarlo sino que para, que ello, será necesario que los trabajadores acepten someterla a discusión.

c) Argentina

El artículo 2 de la Ley Nº 23.546, que aprueba las normas de procedimiento para las negociaciones colectivas, establece lo siguiente:

> *"Artículo 2.- La representación de los empleadores o de los trabajadores que promueva la negociación lo notificará por escrito a la otra parte, con copia a la autoridad administrativa del trabajo, indicando:*
>
> *a) Representación que inviste;*
>
> *b) Alcance personal y territorial de la convención colectiva pretendida;*
>
> *c) Materia a negociar".*

Por su lado, el artículo 3 de la citada ley indica que "Quienes reciban la comunicación del artículo anterior estarán obligados a responderla y a designar sus representantes en la comisión que se integre al efecto".

De forma complementaria a los artículos citados, el artículo 2 del Decreto Nº 200/88 que reglamenta el procedimiento para las negociaciones colectivas, dispone que la comunicación a la que alude el artículo 2 de la Ley Nº 23.546

> *"(…) enumerará las materias objeto de negociación con especial individualización de las cláusulas relativas a empleo, ajustes salariales, capacitación, organización del trabajo y nuevas tecnologías, régimen de información y consulta a la representación sindical, salud y medio ambiente laboral, productividad y mecanismos de prevención o solución de conflictos laborales.* ***La parte que recibe la comunicación se halla igualmente facultada para proponer otras materias a ser llevadas al seno de la Comisión Negociadora.*** *En este caso también deberá notificar su propuesta a la representación que inicia el procedimiento, con copia a la autoridad de aplicación*" (el énfasis es añadido).

Como se observa, en Argentina –tal y como ocurre en Chile– existe el deber de responder a la comunicación que cursa el escrito que contiene

las materias a negociar, tal y como lo dispone el artículo 3 de la ley. Sin embargo, la peculiaridad de esta regulación, es que permite que los empleadores –al igual que los trabajadores– promuevan la negociación colectiva. En este sentido, la contrapropuesta o contrapliego, puede venir tanto del empleador como de la parte sindical, pues ello dependerá de quién inicie la negociación.

3. El contrapliego empresarial en la legislación peruana

El derecho que tienen los empleadores de presentar un contrapliego empresarial se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 57 del TUO de la LRCT), cuando dispone que *"(…) el empleador o empleadores podrán proponer cláusulas nuevas o sustitutorias de las establecidas en convenciones anteriores (…)"*.

Por su lado, el artículo 43 del Reglamento de la LRCT aprobado por Decreto Supremo Nº 011-92-TR, indica que "*las cláusulas nuevas o sustitutorias que plantee el empleador o empleadores conforme al segundo párrafo del artículo 57 de la Ley deberán integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención colectiva*".

Al respecto, coincidimos con quienes sostienen que el artículo 57 de la LRCT regula *"(…) lo que se viene denominando 'contrapliego (sic) empresarial', y que consiste en la facultad de compartir con los trabajadores, la determinación de contenido de la negociación"* (Boza, 1994, p. 127). En efecto, se trata de una facultad del empleador que puede o no ser ejercida, lo cual lo diferencia de la regulación chilena y argentina respecto de las contrapropuestas a los pliegos cursados por la organización sindical. Como se indicó, en ambas legislaciones se exige respuesta por parte de quien recibe el pliego de reclamos para continuar con la negociación.

Dado que el derecho a la presentación de un contrapliego empresarial deriva de la autonomía colectiva de reconocimiento constitucional, discrepamos de quienes sostienen que la facultad que se concede al empleador de proponer cláusulas nuevas o sustitutorias no le estaba reconocida sino hasta que el artículo 57 del TUO de la LRCT la consagró de modo que antes de esta *"(…) cualquier cambio en la convención colectiva de trabajo estaba condicionado a que la representación de los trabajadores aceptara expresamente su discusión, que usualmente era rechazada de plano"* (Elías Mantero, 1995, p. 204).

De hecho, si bien su regulación a nivel legal viabiliza su empleo, aun si no existiese, el empleador podría –con base en su naturaleza de contraparte en un proceso negocial y a los principios transversales de razonabilidad y proporcionalidad– presentar contrapropuestas a los pliegos sindicales.

Sin embargo, reconocemos que la experiencia negocial demuestra que la introducción de estas contrapropuestas durante la negociación colectiva suscita amplio rechazo de parte de las organizaciones sindicales, generando una tensión inicial que puede ser superada no solamente con el recurso a la norma legal vigente, sino mediante mecanismos de diálogo y concertación.

a) Ámbito subjetivo

Nótese que el artículo 57 del TUO de la LRCT señala que el "empleador" o "empleadores" son aquellos que pueden presentar un contrapliego o contrapropuesta. En consecuencia, la norma no solo reconoce el derecho al empleador individualmente considerado, sino también a los empleadores organizados colectivamente, a través de gremios o similares.

En el mismo sentido opina Guillermo Boza, al señalar que *"En cuanto al ámbito subjetivo el término empleador o empleadores debe entenderse en sentido amplio. Si se trata del caso de una organización de empleadores la que negocie resulta claro que será esta la encargada de la presentación de las propuestas*" (1994, p. 127).

Sin embargo, la norma citada no especifica si, tratándose de negociaciones colectivas sostenidas por un conjunto de empleadores (por ejemplo, negociaciones a nivel de rama o actividad), cada empresa pueda presentar un contrapliego con sus propuestas y observaciones en particular o si, por el contrario, debería presentarse un único contrapliego a título de todos los empleadores agrupados. En atención a la naturaleza de las negociaciones que comprenden a pluralidad de empleadores, entendemos que lo razonable sería que el conjunto de ellos articule previamente sus propuestas a efectos de construir una única contrapropuesta que presentar. De lo contrario, la negociación se atomizaría, contraviniendo su naturaleza y complejizando el proceso de diálogo entre los distintos interlocutores.

b) Ámbito objetivo: contenido del contrapliego empresarial

El contenido del contrapliego empresarial puede referirse, entre otros, a los mismos aspectos que el convenio colectivo puede abarcar. Al respecto, el artículo 41 de la LRCT 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, Alfredo Villavicencio sostiene que desde una óptica amplia, los posibles contenidos del convenio colectivo no se agotan en los señalados en el artículo 41 de la LRCT, sino que estos podrían sistematizarse en los siguientes:

> *"(…) a) la relación de cambio entre trabajo y salario: los contenidos propios del terreno de la distribución (salario, jornada, descansos, premios, indemnizaciones, etc.); b) el área de las relaciones de producción: principalmente la organización del proceso productivo (clasificación profesional, movilidad geográfica y funcional, condiciones de seguridad e higiene, ritmos de trabajo, sistemas de trabajo, poder directivo y disciplinario del empresario, etc.); c) las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores: dirigidas a regular las relaciones entre sujetos colectivos (dinámica de negociación colectiva, derechos sindicales, derechos de representación de los trabajadores, comportamientos conflictivos de ambos sujetos, etc.); d) la actuación de la empresa como sujeto económico: no desde el punto de vista estricto de las relaciones laborales, sino en la actividad de la empresa como organización económica para la producción y el cambio de mercancías (opciones productivas, política de inversiones, reconversiones, reestructuraciones, participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, regulación del derecho de información de los trabajadores, etc.); y, e) la situación social de los trabajadores: la que se deriva de su condición objetiva en el proceso productivo"* (1998, pp. 20-21).

En consecuencia, aceptar la óptica amplia respecto del contenido del convenio colectivo nos lleva a concluir que lo razonable es 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 el contrapliego, se 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, lo que será abordado más adelante.

c) Oportunidad de presentación del contrapliego empresarial

Con relación a la oportunidad en que deberá presentarse el contrapliego empresarial, Guillermo Boza estima que *"la oportunidad para la presentación de cláusulas nuevas o sustitutorias es diversa, podrá ser al inicio de la negociación, en la presentación de la propuesta final con*

ocasión del inicio formal del arbitraje, o en cualquier otro estadio de la negociación pues no existe ninguna limitación a este respecto" (Boza, 1994, p. 127).

Al respecto, discrepamos de lo anteriormente indicado. Si bien ni el TUO de la LRCT ni su Reglamento indican en qué momento podrá presentarse el contrapliego empresarial, consideramos que ello deberá ocurrir a la brevedad posible luego de presentado el pliego de reclamos del sindicato.

El fundamento de lo indicado radica en el deber de negociar de buena fe que recae en ambas partes. Así, aquellas deben presentar con lealtad y transparencia qué es lo que buscan obtener mediante el proceso negocial que están iniciando y no ocultar materias para presentarlas en momento posterior. Asimismo, un motivo adicional de índole práctico es la funcionalidad del contrapliego empresarial. Si su finalidad está en discutir aquellos temas que el empleador tiene interés en negociar, aquella se pierde por completo si la presentación del contrapliego se produce al final de la negociación.

Adicionalmente, aceptar que el contrapliego de reclamos del empleador pueda presentarse hacia el final de la negociación resta oportunidad tanto al empleador como al sindicato, de poder debatir y discutir los temas allí planteados, lo que reduce la eficacia de la autonomía colectiva. Dicho de otro modo, si la finalidad de la negociación colectiva es que las partes puedan regular por sí mismas sus relaciones y condiciones de trabajo, aceptar un mecanismo de negociación que no brinde la oportunidad de que las pretensiones de ambas partes sean ponderadas desde un inicio resta eficacia a la finalidad del derecho anotado.

Por lo indicado, lo más ajustado tanto desde el punto de vista del deber de negociación de buena fe y de contradicción, es que el contrapliego empresarial debe ser presentado lo más pronto posible tras recibir el pliego de reclamos por parte del sindicato, de modo que se cautele una negociación leal y ponderada entre las partes. Además de lo ya dicho, el traslado inmediato a los trabajadores de la contrapropuesta es fundamental para respetar el principio de contradicción, es decir, implica igualdad de oportunidades, o sea, que todo procedimiento requiere de la intervención equilibrada de las dos partes esenciales que poseen intereses contrapuestos y que se condensa en la frase: *auditor et altera par.*

d) Formalidad del contrapliego

Al igual que lo referido respecto de la oportunidad de la presentación, ni el TUO de la LRCT ni su reglamento indican cuál es la formalidad que deberá tener el contrapliego empresarial para ser considerado válido.

Sin perjuicio de ello, Fernando Elías Mantero sostiene que *"la propuesta del empleador debe constar por escrito, sea mediante acta o una comunicación de existencia comprobable (de preferencial con cargo de recepción de la parte contraria) y ser mencionada como punto sometido al arbitraje en el compromiso arbitral cuando exista*" (1995, p. 204).

Al respecto, compartimos la posición anotada en el sentido que también debe ser formulado por escrito y con cargo, de la misma manera que es presentado el pliego petitorio por parte de la organización sindical. Recuérdese que la facultad del empleador de presentar un contrapliego tiene como contrapartida el derecho del sindicato de iniciar una negociación colectiva (Boza, 1994, p. 127). Por ello, entendemos que los requerimientos legales establecidos en el artículo 51 de la LRCT para la presentación del pliego de reclamos del sindicato deberían ser igualmente exigibles –en lo que sea aplicable– al contrapliego empresarial.

Finalmente, el contenido del contrapliego de reclamos también debe cumplir con lo dispuesto en el literal d) del artículo 51 del TUO de la LRCT; esto es, que las peticiones del empleador *"(…) deberán tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto (…)"*.

e) Eficacia del contrapliego empresarial

Al respecto, consideramos que la presentación del contrapliego de reclamos por parte del empleador obliga al sindicato a aceptar su discusión y negociar todos los puntos propuestos. En el mismo sentido opina Javier Arévalo al señalar que el artículo 57 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, p. 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[11], la organización sindical tampoco podría hacerlo, a menos que aquel incurra en las mismas excepciones (causa legal o convencional).

IV. EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL

Como ha señalado Jordi Bonet, se ha producido un cambio muy importante en la organización de la producción. Así, se ha pasado de la producción en masa a la producción ajustada o flexible, la cual combina nuevas técnicas de gestión con el empleo menos intensivo de mano de obra y de medios tecnológicos, lo que ha dado paso a la flexibilidad en la producción, el volumen y las líneas de producción (2007, p. 32). Lo señalado ha ocasionado:

> *"(…) cambios no solo en el contenido del trabajo, sino también en las necesidades organizativas de la producción, que redundan, por supuesto, en la percepción de una adecuación de las relaciones de trabajo a las expectativas de la nueva metodología productiva: el objetivo es, esencialmente, reducir el tiempo de adaptación a la demanda y de producción así como reducir los costos laborales"* (Bonet Pérez, 2007, p. 32)

De ahí que la flexibilidad laboral sea necesaria como un instrumento de adaptación de las relaciones laborales a los nuevos sistemas productivos, caracterizados por una producción ajustada. Por ello, si bien históricamente las organizaciones de empleadores tuvieron un papel preponderantemente defensivo y de respuesta a los reclamos y reivindicaciones sindicales "*(…) es constatable que, en los últimos tiempos, (…) la iniciativa de cambio ha pasado de los sindicatos a los empleadores y a sus organizaciones. Concretamente la tendencia a la flexibilización del derecho del trabajo es propuesta por los empleadores"* (Fernánez Brignoni, 1996, p. 286).

De esta manera, la negociación colectiva termina siendo un valioso instrumento para dotar a las relaciones laborales de la flexibilidad necesaria para adecuarse a los nuevos sistemas productivos antes indicados. Ello obedece a la amplitud de contenidos que se puede incluir en los convenios colectivos, contenidos que no se limitan únicamente a salarios, remuneraciones y condiciones de trabajo.

(11) Al respecto, el artículo 54 de la LRCT señala que "Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable".

En este contexto, el contrapliego empresarial juega un importante papel como instrumento que permite introducir en la mesa de debate y negociación aspectos que permitan al empleador el manejo del personal, en concordancia con sus necesidades de producción o comerciales. Evidentemente, introducir estos temas a la negociación no supone que serán parte del convenio colectivo final, pero de serlo no solo 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 contrapliego empresarial puede tener los siguientes objetivos:

- Plantear nuevas cláusulas de índole normativa, obligacional y/o delimitadora.
- Sustituir cláusulas existentes.
- Modificar cláusulas vigentes.
- Servir como estrategia de 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.

En atención a lo indicado anteriormente, corresponde abordar cuáles son los principales temas que la contrapropuesta del empleador puede introducir al debate.

1. Flexibilidad laboral pactada

Siguiendo a Jordi Bonet, la flexibilización laboral supone emplear diversas fórmulas, que permitan al empleador *"(…) racionalizar la producción según las necesidades que marcan sus decisiones empresariales a tenor de la demanda disponible, mediante la adaptación de los modos, la cantidad o el tiempo de trabajo"* (2007, p. 34). Tales fórmulas –para el autor citado– comprenden, entre otras, las siguientes:

- Las relacionadas a la cantidad y distribución de las horas de trabajo; esto es, jornadas y horarios flexibles, contratos a tiempo parcial, entre otros.
- Las vinculadas a la flexibilidad contractual, ya sea a través de la contratación temporal o mediante la subcontratación.

- Las referidas a la flexibilización funcional o geográfica, en virtud de la cual los trabajadores acepten, bajo la dirección del empleador, modificar su centro geográfico de labores y/o sus funciones.

- Aquellas que introducen flexibilización económica o salarial, mediante el condicionamiento de determinadas partidas salariales al cumplimiento de determinados objetivos o metas, entre otras.

En este sentido, *"(…) la flexibilización en los convenios colectivos implica una adecuación del régimen laboral y una aplicación adaptada a la estructura y organización de la producción en función a la realidad de cada empresa"* (Zavala Costa, 2008, p. 380). Al respecto, el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, recoge la facultad de *ius variandi* del empleador cuando señala 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 criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo"*.

Como se observa, el dispositivo citado reconoce en forma genérica la facultad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, respetando el principio de razonabilidad. De esta manera, mediante el contrapliego empresarial, el empleador puede incorporar ciertas materias propias de su *ius variandi*, a fin de dotarlas de una mayor legitimidad, facilitando, posteriormente, su implementación.

2. Empleabilidad, productividad, capacitación y formación profesional

La empleabilidad alude a aquellas condiciones requeridas para poder adaptarse a las variaciones en el trabajo, *"(…) en el cual prevalece la rotación de labores y obligación de familiarizarse con las diferentes etapas del proceso productivo, para dar respuesta inmediata a los nuevos requerimientos del mercado, y donde los incrementos de remuneraciones se orientan a reconocer el desempeño y la productividad de los trabajadores"* (Zavala Costa, 2008, p. 382).

Para ello, se requiere contar con personal adecuada y permanentemente capacitado, que pueda encontrarse en aptitud de asumir nuevas funciones, en la oportunidad en que las necesidades empresariales lo requieran y, manteniendo en todo momento la calidad del trabajo. De allí que la capacitación tenga directa vinculación con la productividad de la empresa, pues mientras el personal se encuentre mejor capacitado, se encontrará en mejor posición para

realizar sus labores con mayor calidad y optimizando el tiempo, redituando ello en mejores resultados para la empresa.

Asimismo, en la medida que tales medidas inciden en la preparación y actualización profesional de los trabajadores, a efectos que su implementación sea recibida con compromiso por parte de ellos, es necesaria su participación en el diseño y gestión de estos.

Al respecto, se sostiene que *"(…) es necesario contar con una institucionalidad político-técnica vinculada a la negociación colectiva, que a su vez vincule activamente la temática de la formación a las demandas de los procesos productivos y al desarrollo de una ciudadanía activa dentro y fuera del ámbito del trabajo"* (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2009, p. 22). En ese sentido, dicho informe indica que los temas importantes que debieran ser materia de negociación son, entre otros, los siguientes:

- Mecanismos de reconocimiento de la calidad de la institución que brinde la capacitación y de su oferta.
- Participación en los contenidos de la formación, es decir, verificar que estos de adecuen a las demandas productivas, pero también a las necesidades formativas de los trabajadores
- Posibilidad de decidir el lugar, la oportunidad, la duración y la forma en cómo se reconocerá el aprendizaje.
- Participación en la elección del perfil docente, su nivel de especialización, la experiencia requerida tanto a nivel laboral cuanto para el trabajo con adultos, entre otros.

No obstante lo indicado, en nuestra realidad, los sindicatos no suelen tener participación directa en el diseño de los programas o cursos impartidos, los que son definidos unilateralmente por la empresa. Por ello, cuando se incluyen estos temas en los convenios colectivos, las cláusulas de capacitación laboral *"(…) se circunscriben al otorgamiento de aportes dinerarios mediante asignaciones o becas por estudios escolares, técnicos o superiores que curse el trabajador, no observándose la existencia de una política de formación continua por cuanto los pactos son bastante genéricos o contienen simples compromisos de intención"* (Zavala Costa, 2008, p. 383).

Por lo indicado, a través del contrapliego empresarial, el empleador cuenta con un importante instrumento que le permitirá mejorar los programas y estándares de capacitación, permitiendo la participación de los trabajadores, lo que permitirá un mejor monitoreo de la capacitación impartida en

la empresa, al contar esta con la anuencia y el compromiso de participación de parte de los involucrados.

3. Promoción de formas de solución autónoma de controversias

Conforme fuera reseñado anteriormente, los mecanismos de solución autónoma de controversias son todos aquellos instrumentos alternativos a la vía jurisdiccional que tienen por finalidad resolver los conflictos nacidos entre los trabajadores y empleadores.

En nuestro país, subsiste la costumbre jurídica asentada en el monopolio de la ley y de su protección y tutela, a ser brindada básicamente, por los órganos administrativos y judiciales en desmedro de otros instrumentos fundados en el consenso. En vista de lo anterior, los convenios colectivos no suelen avocarse a la tarea de prever sistemas alternativos que permitan a las partes solucionar los conflictos que pudiesen derivar del mismo.

De esta manera, *"(…) la carencia de procedimientos autónomos en los convenios colectivos, ha traído en la práctica a un exceso de judicialización que ha terminado por atribuir al Poder Judicial y en especial al Tribunal Constitucional a través de los procesos de amparo, un papel crucial de participación en el modelo de relaciones laborales"* (Zavala Costa, 2008, p. 385).

Frente a ello, debe repararse en el importante y trascendente rol que la negociación colectiva puede jugar al momento de establecer mecanismos que procuren la solución o prevengan los conflictos que pudiesen gestarse. Tal es el caso, por ejemplo, de la incorporación de los compromisos para evitar situaciones conflictivas, como las cláusulas de paz laboral, en virtud de las cuales, las partes se autoimponen *"(…) la obligación ineludible de no desarrollar medidas de conflicto colectivo que traten de alterar el contenido pactado"* (González-Posada Martínez, 2007, p. 454).

Asimismo, si bien los pactos de paz se califican de relativos, en tanto solo están referidos al contenido de lo pactado en el convenio, es posible también *"(…) convenir mediante pacto expreso un deber de paz absoluto erradicando todo conflicto, incluido aquel que se suscite sobre cuestiones no contenidas en el convenio colectivo"* (González-Posada Martínez, 2007, p. 454). En otras palabras, con este tipo de cláusulas la organización sindical renuncia a recurrir a medidas de fuerza, no solamente por motivos propios de la negociación colectiva recientemente solucionada, sino por cualquier motivo, durante un lapso de tiempo determinado.

De otro lado, las partes también pueden suscribir cláusulas de contenido obligacional, por medio de las cuales se establezcan obligaciones recíprocas

que coadyuven al cumplimiento del convenio. En estos casos, *"(…) las organizaciones firmantes concluyen una doble obligación: de una parte, vigilar el respeto y aplicación de lo pactado; de otra, la obligación de influencia sobre los miembros que forman parte, o integran, las organizaciones o los sujetos signatarios, con el objeto de garantizar el cumplimiento del convenio colectivo en sus propios términos, no incitando a su incumplimiento, ni sosteniendo acciones contrarias a lo convenido"* (González-Posada Martínez, 2007, pp. 454-455).

Finalmente, como parte de estas cláusulas de tregua o paz laboral también existe la posibilidad de que se establezcan cláusulas de prestaciones recíprocas reguladas en el Título VI del Libro VII, Sección I, Código Civil para asegurar el cumplimiento de determinados compromisos, como por ejemplo: sujetar la entrega de determinados complementos salariales a la asistencia puntual y/o regular, comprometer a la organización sindical para garantizar la normalidad operativa, así como la asistencia y puntualidad. En esos ejemplos, en caso la organización sindical incumpliese con lo pactado, la empresa válidamente podría suspender el otorgamiento del complemento salarial, en la medida que su entrega se encontraba supeditada al cumplimiento de determinada obligación. Y si ya se cumplió con la obligación, recuperar lo pagado. Son varios los convenios colectivos suscritos o celebrados en el sector minero que ilustran estos acuerdos que tienen su base en la libre voluntad de las partes.

V. CONCLUSIONES REFLEXIVAS

1. La negociación colectiva es la vía óptima para solucionar el conflicto colectivo de índole económica o de intereses, toda vez que el trato directo es el primer acercamiento que tienen las partes para intentar componer el conflicto.

2. El empleador tiene derecho a presentar contrapliegos o contrapropuestas por ser parte del conflicto laboral, siendo una de las expresiones de la autonomía colectiva consagrada en el inciso 2) del artículo 28 de la Constitución Política del Perú.

3. Si bien el derecho del empleador a presentar contrapliegos deriva de la propia Constitución, ello no es suficiente para hacer efectivo su ejercicio. Por tanto, resulta acertado el reconocimiento legislativo que se dio a tal derecho en el TUO de la LRCT, si bien su regulación no resuelve aquellas cuestiones relativas a la oportunidad en que debe ejercerse el derecho, a la forma o modo en que debe hacerlo, ni cuáles deberían ser sus alcances materiales y subjetivos.

4. Aceptar la óptica amplia del contenido negocial del convenio colectivo permite concluir que de idéntica manera, el empleador está facultado para incorporar todas aquellas materias que pudieran resultar de relevancia, no siendo necesario circunscribirse a lo contenido en el pliego petitorio presentado por la organización sindical. Esta potencial amplitud de contenidos es, precisamente, lo que convierte al contrapliego en un valioso instrumento para dotar a la negociación de flexibilidad, al tiempo de permitir llegar a acuerdos que se ajusten a los nuevos sistemas de organización de la productividad.

5. El contrapliego empresarial debería presentarse a la brevedad posible luego de ser recibido el pliego petitorio de parte de la organización sindical. Ello obedece a dos motivos: uno principista y uno práctico. En cuanto a lo primero, es una manifestación del deber de buena fe negocial, y de respeto al derecho de contradicción que tiene los trabajadores, favoreciendo una negociación transparente desde su inicio y de fiel respeto al derecho de defensa. Por su parte, desde una óptica práctica, permite que ambas partes discutan y ponderen sus respectivas propuestas, aceptando algunas y rechazando durante el procedimiento de negociación colectiva.

   Caso contrario, es decir, si el contrapliego fuera presentado ya avanzada la negociación, su discusión devendría en extemporánea perdiendo el empleador la valiosa posibilidad de intercambiar peticiones de la organización sindical que le resulten inaceptables, a cambio de desistirse de algunas de sus propuestas que no sean admitidas por su contraparte sindical.

6. La presentación del contrapliego de reclamos por parte del empleador es de obligatoria aceptación por parte de la organización sindical de la misma manera que es obligatoria la aceptación del pliego petitorio. En vista de ello, aquella deberá aceptar su discusión, observando en todo momento el principio de buena fe negocial.

7. El contrapliego empresarial juega un importante papel como instrumento que permite introducir en la negociación, importantes aspectos de flexibilización laboral (en cuanto aspectos propios de la producción, del tiempo de trabajo, de esquemas retributivos, entre otros) y de capacitación y productividad empresarial (bajo la premisa que la capacitación es un elemento esencial para una mejora y optimización en la productividad empresarial). Asimismo, constituye una herramienta de suma importancia para incorporar mecanismos que fomenten no solamente la prevención de conflictos, sino que viabilicen la solución autónoma de controversias y a través de las cláusulas de paz o tregua laboral, y otros sobre obligaciones recíprocas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO VELA, J. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Grijley, Lima, 2005.

- BALLESTEROS B., C. "El marco institucional y legal". En: J. Puig F. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en Colombia 1990-1997*. Santa Fé de Bogotá, 1999.

- BONET PÉREZ, J. *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal*. Atelier, Barcelona, 2007.

- BOZA, G. *Ley de Relaciones Colectivos de Trabajo Comentada*. Consultores Jurídicos Asociados, Lima, 1994.

- ELÍAS MANTERO, F. *Derecho laboral: Relaciones Coletivas de Trabajo*. Jus Editores, Lima, 1995.

- FERNÁNEZ BRIGNONI, H. "Los conflictos colectivos: papel y límites de las organizaciones de empleadores". En: O. Ermida Uriarte. *Curso introductorio de relaciones laborales: Selección de lecturas* (págs. 285-294). Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "El contenido obligacional del convenio colectivo estatutario". En: F. Valdes Dal-Ré. *Manual jurídico de negociación colectiva* (págs. 433-459). La Ley, Madrid, 2007.

- BARBAGELITO, H. "La estructura del sistema de relaciones laborales". En: O. Ermida Uriarte. *Curso introductorio de relaciones laborales: Selección de lecturas* (págs. 95-115). Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

- MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Nuevos contenidos de la Negociación Colectiva*. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2009.

- OJEDA AVILÉS, A. *Derecho sindical*. Tecnos, Madrid, 1995.

- PASCO COSMÓPOLIS, M. "La automomía colectiva: Concepto y premisas". En: A.A.V.V., & I. E. Veritas (Ed.). *Compendio de derecho colectivo de trabajo* (págs. 190-201). Jurista Editores, Lima, 2010.

- PUIG F., J. & HARTZ, B. "Las convenciones colectivas contra la flexibilidad". En: J. Puig F. *Tendencias y contenidos de la negocición colectiva en Colombia* (págs. 121-158). Proyecto OIT, Santa Fé de Bogotá, 1999.

- SALA FRANCO, T. "La prevención del conflicto". En: J. Cabeza Pereiro & J. Martínez Girón. *El conflicto colectivo y la huelga* (págs. 97-106). Laborum, Murcia, 2008.

- TULIO BARROSO, F. “Negociación colectiva y derecho flexible del trabajo”. En: J. L. Monereo Pérez. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva* (págs. 533-554). Comares, Granada, 2011.

- VILLAVICENCIO RÍOS, A. “La negociación colectiva como eje que sostiene y gobierna al sistema de relaciones laborales”. En: A.A.V.V. *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido* (págs. 5-37). Granada, 1998.

- VILLAVICENCIO RÍOS, A. “El principio de autonomía colectiva”. En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (págs. 47-59). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

- ZAVALA COSTA, J. “Los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI”. En: *III Congreso Nacional. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerizaciòn, inspección y derechos colectivos* (págs. 369-399). SPDTSS, Lima, 2008.

LA HUELGA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

MAURO UGAZ OLIVARES[1]

Ya sé que tú no puedes comprender por qué (…) me emociona una cosa tan 'común' como una huelga (…).

Alejandro Romualdo. Poema "La Huelga" del poemario - Edición Extraordinaria

I. UNA NECESARIA INTRODUCCIÓN

Ninguna institución –en nuestra sociedad ni en nuestra regulación– concentra el conflicto laboral de manera tan evidente como la huelga. Este mecanismo de autotutela de los trabajadores y del colectivo exterioriza el conflicto intrínseco que se presenta en las relaciones de trabajo: la necesidad de obtener recursos para la subsistencia es lo que obliga a las personas a trabajar y, con ello, a actuar bajo las órdenes del empresario en una situación de asimetría, es decir, de desigualdad imperante entre quien detenta el poder (empresario) y quien no lo detenta (trabajador).

Precisamente, en tal escenario, la huelga aparece como un instrumento de tutela tendiente a proteger los derechos e intereses de los trabajadores. Pero no solo eso, la huelga también se trata de una medida pública, que exterioriza el conflicto y que lo traslada a ámbitos distintos del centro de trabajo.

(1) Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para Ermida Uriarte, la huelga puede ser un medio de acción sindical, un conflicto colectivo de trabajo o una forma de solucionar el conflicto[2]. Es decir, tiene múltiples funcionalidades que le permite ser un instrumento neurálgico para los trabajadores.

En efecto, la huelga se convierte en un instrumento, en una medida típica de la actividad sindical que permite a los trabajadores conseguir sus reivindicaciones. En puridad, "la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendiente a defender los legítimos intereses de los trabajadores"[3].

Asimismo, la huelga –una vez desarrollada– se configura en el conflicto laboral más espinoso que pueda desencadenarse dentro de una relación de trabajo ya que implica el incumplimiento de los servicios por parte del trabajador.

Finalmente, para algunos autores *"la huelga es un conflicto que encierra la pretensión de ser, también, el medio de solución del propio conflicto"*[4]: se materializa la huelga para solucionar el problema que ya se encontraba presente.

Ahora bien, pese a la importancia de su reconocimiento y consagración como derecho fundamental, son pocos los instrumentos internacionales que desarrollan sus características.

Así, la huelga cuenta con reconocimiento expreso como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.d), sin embargo, ningún convenio de la Organización Internacional del Trabajo se ocupa del derecho de huelga ni de sus características de manera expresa.

Pese a tal omisión, los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, como es el caso de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, han considerado que el derecho de huelga se encuentra incluido en la libertad sindical colectiva de gestión, que consiste en el derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar su administración, sus actividades y de formular su programa de acción (artículo 3.1 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo).

La huelga, entonces, es entendida como un derecho de actividad y, por ende, pese a no encontrarse reconocida expresamente, puede ser defendida en

(2) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1983, pp. 12-13.

(3) Sentencia referida al Expediente Nº 008-2005-PI/TC del Tribunal Constitucional peruano.

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit.

las instancias internacionales como nacionales a través de la libertad de gestión de los organismos sindicales.

En tal contexto donde se reconoce la importancia vital de la huelga, no deja de sorprender que su implementación en años pasados haya sido austera u opaca en el escenario laboral. Así, el anuario estadístico de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo correspondiente al año 2009 señalaba lo siguiente:

> *"Transgredir por parte de las organizaciones sindicales en huelga con lo establecido en el TUO del D.S. Nº 010-2003-TR, ocasionó que la Autoridad Administrativa de Trabajo se pronunciara a través de 'Autos de Ilegalidad' ante las huelgas presentadas; porcentajes que han disminuido considerando lo acontecido en años anteriores,* ***cuyas tasas de ilegalidad alcanzaban algo más 98 % de las paralizaciones presentadas****"*[5] (el resaltado es nuestro).

En efecto, durante los años anteriores la tasa de paralizaciones o huelgas lícitas eran casi inexistente.

Las razones de ello, básicamente, se centran en la regulación del derecho de huelga que existía en nuestro país –que en gran medida se mantiene vigente– y de la restringida aplicación de tal normativa por parte de la autoridad de trabajo competente.

Para empezar tenemos una medida de fuerza que requiere ser aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo de forma previa a su consumación, habiendo sido tal Autoridad –estadísticamente, por lo menos– muy renuente a declarar huelgas procedentes o legales.

De otro lado, los espacios para propiciar una medida de fuerza son muy estrechos: el modelo acogido por nuestra legislación y por nuestra jurisprudencia constitucional es el modelo estático de huelga que solo permite que la medida de fuerza se centre en el abandono del centro de trabajo y la cesación de los servicios como veremos con mayor detalle más adelante.

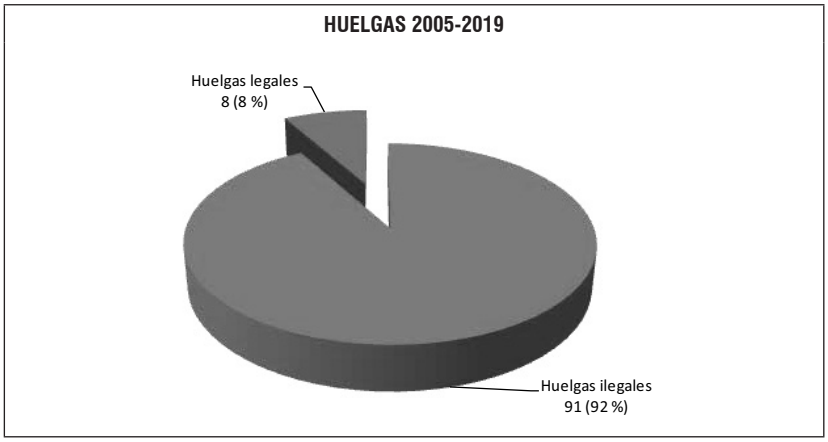
Precisamente, tal definición impide que los trabajadores puedan optar por otras medidas de fuerza para presionar con mayor intensidad al empleador.

A lo anterior, tenemos que añadir que los requisitos inicialmente previstos para que la huelga se materialice eran muy onerosos, tanto que provocaron que el Comité de Libertad Sindical se pronunciara de manera desfavorable

(5) Al respecto verla siguiente dirección de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.

sobre ellos[6], lo que motivó que la regulación de huelga se modificara básicamente en el quórum necesario para adoptar tal medida.

Pues bien, hasta el año 2009 las huelgas que fueron declaradas legales o procedentes fueron notoriamente la excepción. Basta con mirar con detenimiento las cifras ofrecidas por el anuario preparado por la Autoridad de Trabajo para darnos cuenta de ello[7]:



De ese modo, si bien lo anterior no significa que los trabajadores no realizaron medidas de fuerza, qué duda cabe que el contexto antes descrito impidió que la presión sobre los empleadores tuviera un impacto mayor ya que bastaba con solo propiciar la declaración de ilegalidad de la huelga –de manera definitiva por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo– para que esta ya no tuviera efectos y solicitar el despido de los huelguistas por ausentarse del centro de trabajo de manera injustificada.

Como es de suponer, la efectividad de la huelga se matiza considerablemente si esta no es compatible con la legalidad.

Tal escenario, donde la licitud no alcanzada de las medidas de fuerza parecen relegarla a un especio más estrecho y de poca importancia, viene siendo superado de manera progresiva en los últimos años.

Un primer cambio en el escenario laboral se observó en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En efecto, pese a que la normativa que

(6) Esencialmente, el tema del quórum para la adopción de la medida de fuerza fue objetado por el Comité de Libertad Sindical en los siguientes documentos: 291.er informe, casos números 1648 y 1650 (Perú), párrafo 468.

(7) Ver: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.

regulaba el derecho de huelga no había cambiado, se notó que la Autoridad de Trabajo aligeró en los hechos los requisitos que se exigían para su procedencia.

Un ejemplo de ello, puede advertirse en la Resolución Directoral Nº 003-2013-MTPE/1/20, emitida por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima Metropolitana(8), donde se evidencia cómo la Autoridad Administrativa de Trabajo flexibiliza la lectura de las limitaciones que nuestra legislación ofrece para la implementación de la medida de huelga.

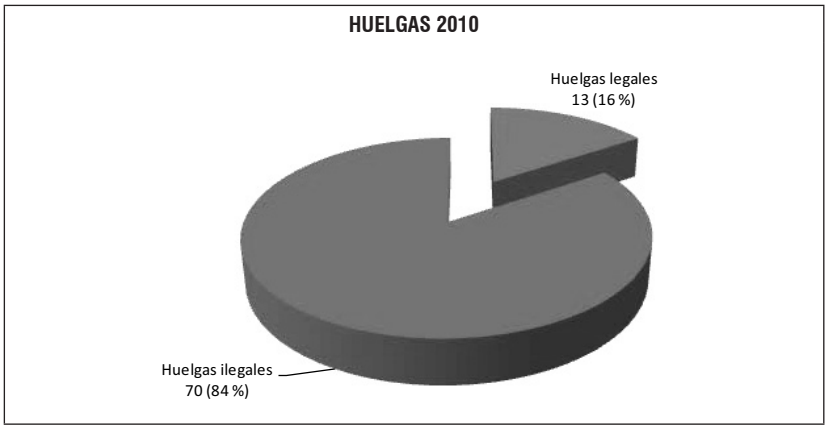
Así, en dicho pronunciamiento se señala que una aplicación directa y sin matices de los requisitos legales necesarios para ejercer la medida de fuerza –en especial, los relacionados al cumplimiento de la regulación prevista en los estatutos de la organización sindical–, evitaría que se concrete tal medida en los hechos:

> **Décimo tercero.-** Que, asimismo, es pertinente resaltar que el procedimiento de comunicación de huelga, responde a condiciones requeridas por la legislación nacional, que deben encontrarse en concordancia con lo señalado en la Constitución y los convenios internacionales. Así, debemos recordar que el artículo 28 de la Constitución Política señala que: "*El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático.*" Asimismo, establece que: "3. *Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social.*" En concordancia con lo señalado, respecto de los requisitos legales que un Estado puede establecer para el respeto y garantía del ejercicio del derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical de Organización Internacional de Trabajo la OIT, ha señalado que "*Las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables, y en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales*[2]." La limitación importante, por ejemplo, se configuraría si la LRCT, su Reglamento o el TUPA de la autoridad de trabajo establecieran que la organización sindical deba acreditar documentalmente el cumplimiento de sus normas estatutarias para adoptar su decisión; sin embargo, en la misma línea de lo señalado por los órganos de la Organización Internacional de Trabajo, el artículo 65º del Reglamento de la LRCT ha establecido que sólo se debe presentar una Declaración Jurada sobre el cumplimiento de las normas estatutarias.

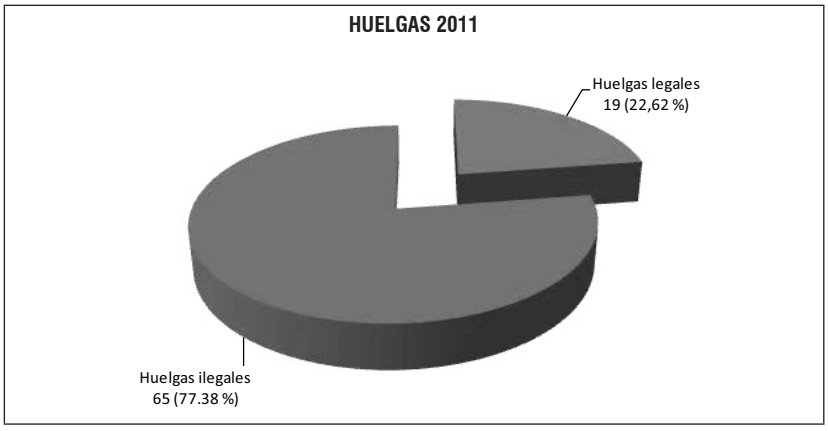
(8) Al respecto ver: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2013-01-25_03-2013-MTPE-1-20_2832.pdf>.

Ello, además, también se puede advertir de las estadísticas contempladas en los años 2010 y 2011 si las comparamos con las de años anteriores(9).

De ese modo, en el año 2010, las huelgas declaradas legales ascendieron al 16 %, lo que significa un salto porcentual gigantesco (aunque todavía magro en términos generales) en comparación con el año 2009.



Y si comparamos el año 2010 con el 2011, la tendencia porcentual se incrementa también el doble, aunque en un escenario donde se solicitaron menos medidas de fuerza.



Definitivamente, la mirada de la Autoridad Administrativa de Trabajo ha cambiado notablemente, es decir, su preocupación por fomentar y fortalecer

(9) Al respecto ver: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=87&tip=86>.

el derecho de huelga de los trabajadores como medio de presión y de equilibrio dentro de un contexto de negociación donde los conflictos no se concluían. Así, la huelga aparece –aunque todavía aletargada– como remedio para presionar el cierre de la negociación o determinada reivindicación gremial.

Finalmente, un muy interesante y sugestivo estudio de Yamada y Salgado[10], propone que la huelga tiene una tendencia cíclica en el Sector Privado, favoreciendo a su accionar los momentos donde se aprecia una mejora en la economía. De ese modo, según tales autores la huelga *"se incrementa conforme la economía experimenta fases expansivas y se retrae en épocas de recesión económica"*. Sin dejar de lado el impacto negativo que tendría una regulación restrictiva de la huelga para su materialización, dichos autores señalan que en *"un contexto expansivo, los trabajadores sentirían un mayor espacio para negociar incrementos en sus beneficios económicos y un menor temor por represalias y pérdidas del puesto de trabajo"* lo que permitirá alentar mayores situaciones de conflicto, a diferencia de un espacio de decrecimiento económico.

En otras palabras, contextos económicos crecientes o no tan deteriorados como el que tenemos actualmente, permiten que se fomente un panorama ventajoso para procurar medidas de conflicto, como la huelga.

Realizado este preámbulo, pasaremos a analizar la regulación más resaltante de este derecho en nuestro ordenamiento.

II. CONCEPTO DE HUELGA: EL MODELO ESTÁTICO Y DINÁMICO

La definición del derecho de huelga, así como las características y límites del instituto, nos lleva, en primer lugar, a describir los dos modelos doctrinarios que desarrollan la institución de la huelga: el estático y el dinámico.

El primero define a la huelga como la cesación continua y total de servicios, donde los trabajadores abandonan el centro de trabajo en procura de la defensa de objetivos profesionales. El segundo, en cambio, conceptúa la huelga como toda alteración en la forma habitual de prestar el servicio y que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores.

(10) YAMADA, Gustavo y SALGADO, Edgar. *Las huelgas en el Perú: determinantes económicos e institucionales*. Sus conclusiones, aunque reconociendo los mismos autores que se hace necesario un estudio microeconómico por empresas, pueden ser revisadas en el siguiente link: <http://www.up.edu.pe/ciup/siteassets/lists/jer_jerarquia/editform/20061024095256_dd-06-08.pdf>.

Como puede apreciarse, la adopción de algún modelo doctrinario por parte del ordenamiento será de vital importancia para delinear un concepto de la huelga. Así, por ejemplo, en caso de que se adopte la postura del modelo estático, la huelga únicamente podrá configurarse válidamente si se trata de una medida que suspenda los servicios del trabajador, cuya ejecución se realice fuera del centro de trabajo y que tenga por finalidad la reivindicación de un interés estrictamente relacionado al contrato de trabajo de los involucrados.

De esa forma, toda medida que involucre la presencia del trabajador en el centro de trabajo, que suponga alterar la actividad sin suspender el servicio o que se encuentre destinada a proteger intereses ajenos a los del trabajador, no encajará con la definición de huelga y, por ende, no será protegida por el ordenamiento.

Nuestra legislación, como veremos más adelante con mayor detalle, acoge claramente el modelo estático. En esa línea el Tribunal Constitucional, en la sentencia correspondiente al Expediente Nº 008-2005-PI/TC, ha señalado que este "*derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo*".

Sin embargo, si tuviéramos que dar una definición que prescinda de los modelos antes mencionados, tendríamos que señalar que la huelga es una medida de conflicto de los trabajadores que consiste en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral debida. Es decir, se trata de presionar al empleador alterando ya sea de forma total o parcial el servicio encomendado.

III. LA REGULACIÓN DE LA HUELGA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 reconoce el derecho de huelga, sin embargo, no lo define, omite señalar su titularidad y no prevé sus características y/o límites.

Lo que sí señala es la obligación estatal de cautelar su ejercicio democrático y de regular el derecho para que se ejerza en armonía con el interés social y señalar sus excepciones y limitaciones (artículo 28.3 de la Constitución).

Asimismo, la Constitución, excluye del derecho a los funcionarios del Estado con poder de decisión, a los que desempeñan cargos de confianza o de

dirección, a los miembros de las Fuerzas Armadas, a los miembros de la Policía Nacional, a los jueces y a los fiscales (artículos 42 y 153 de la Constitución).

La parquedad con que la Constitución regula es instituto es inusual: simplemente se nombra y reconoce el derecho y se deja su configuración al legislador, ordenándole a este, además, que la regulación tome en cuenta el interés social como límite al ejercicio del derecho de huelga.

Definitivamente, la fórmula da un amplio margen de actuación al legislador para la construcción o regulación del derecho, pero no debemos olvidar que tal delegación no es abierta ni absoluta: los derechos fundamentales admiten un contenido mayor al que prevé la Constitución debido a que su Cuarta Disposición Final y Transitoria ordena que se deberá interpretar, conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos, los derechos que nuestra Carta Magna reconozca. De esa manera, el legislador no tiene un margen de actuación tan amplio como se podría suponer: la propia Constitución impone un límite en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, como hemos señalado antes, en el caso de la huelga las complejidades del instituto no han permitido una regulación internacional extensa ni desarrollada, por lo que hubiera sido deseable que la Constitución realice los esfuerzos necesarios para delinear los aspectos más resaltantes del derecho y, con ello, evitar una regulación que lo desnaturalice[11].

TEMA	CONSTITUCIÓN 1993
Huelga	**Artículo 28**.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

IV. LA REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE HUELGA

El artículo 72 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo señala que la huelga *"es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo"*.

(11) Resulta extraña, además, la referencia al interés social. Todo parece indicar que ella tiene por propósito cautelar el ejercicio de los derechos fundamentales de la población que pueden ser afectados con la medida de huelga, aunque la fórmula constitucional plantea equívocos y, por ello, técnicamente no es satisfactoria.

Como puede observarse, la definición legal de huelga se adscribe al modelo estático, con lo cual cualquier medida que no encuadre con la definición no calificará como huelga. De esa manera, en el plano objetivo, la huelga implica la paralización total de las labores del personal fuera del centro de trabajo, dejando de lado las alteraciones de la actividad ordinaria de la empresa que involucren la presencia del trabajador en el centro de labores.

En esa línea, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia correspondiente al Expediente Nº 008-2005-PI/TC establece que por *"huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley"*.

De otro lado, nuestro ordenamiento ha considerado conveniente una regulación unitaria para los sectores privado y público (artículos 1 y 86 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo), con lo cual, lo expuesto en el presente texto es aplicable para ambos sectores.

1. Titularidad del derecho de huelga

A nivel de Derecho Comparado existen dos modelos que esquematizan la titularidad del derecho de huelga: aquellas regulaciones que otorgan la titularidad del derecho al colectivo y aquellos ordenamientos que otorgan tal titularidad al individuo[12].

La Constitución de 1993, como ya vimos, no se pronuncia sobre la titularidad del derecho de huelga. De esa forma, el legislador tenía amplio margen para elegir al titular del derecho en el desarrollo del precepto constitucional.

Precisamente, comoquiera que la Constitución de 1993 no estableciera ninguna titularidad al derecho de huelga, la versión original de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo sí optó por la titularidad individual. En efecto, el artículo 72 del Decreto Ley señala expresamente que la *"huelga es la suspensión colectiva del trabajador acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores (…)"*. Asimismo, el artículo 73 del mismo cuerpo legal, que contemplaba los requisitos para la declaratoria de huelga, estableció que la decisión de la medida debería ser acordada por la mayoría de trabajadores.

(12) MATÍA PRIM, Javier y otros. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos. Régimen jurídico según la sentencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1982, pp. 51-60.

De ese modo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo asumía que la titularidad de la huelga correspondía a los trabajadores, lo que llevó a que nuestra doctrina asumiera, unánimemente, que el derecho de huelga se trataba de un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo. La titularidad correspondía al individuo-trabajador (tanto en la convocatoria como en la ejecución de la medida), pero su eficacia dependía del número de trabajadores dispuesto a ejecutarla (una colectividad).

Sin embargo, el modelo original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo fue alterado con la dación de la Ley Nº 27912, la cual incorporó al artículo 73.b de la ley como requisito para la convocatoria de la huelga, la participación del sindicato.

Así, se introdujo la siguiente modificación: *"Para la declaración de huelga se requiere: (…) b. Que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determinen sus estatutos y que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. (…)"*.

En nuestra opinión, la introducción del sindicato en la convocatoria de la huelga modificó el sistema de titularidad de tal derecho. En efecto, la participación del sindicato en la convocatoria de la medida, a través de lo señalado en el artículo 73.b modificado, planteó la posibilidad de encontrarnos ante un sistema de doble titularidad: no solo los trabajadores tendrían derecho a convocar la medida mediante una voluntad mayoritaria en el ámbito sino que, además, se admitía que la huelga sea emplazada por un ente gremial.

Sin embargo, en la Sentencia correspondiente al Expediente Nº 008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano únicamente reconoce la titularidad individual del derecho de huelga. En dicha oportunidad, el Tribunal señaló que *"(…) de conformidad con lo establecido en los artículos 72 y 73 (…) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (…), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determine la Ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical."*[13] Luego añade el Tribunal citando a Elías Mantero que *"su ejercicio corresponde a los trabajadores en general; es decir, que son ellos y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga"*[14].

Como puede apreciarse, el Tribunal considera que la titularidad de la huelga le corresponde al individuo, es decir, quien decide la huelga siempre

(13) Fundamento 40 de la Sentencia correspondiente al Expediente Nº 008-2005-PI/TC.
(14) Ídem.

es el trabajador y para ello deberá sujetarse a un procedimiento previsto en la Ley y en el estatuto, haciendo eco a una división artificiosa entre la asamblea sindical y los trabajadores que lo componen.

Posteriormente, de manera reglamentaria, se introdujeron otras modificaciones que, de alguna manera, tenían la intención de aclarar el panorama de la participación sindical en la huelga.

Nos referimos a la modificación del artículo 62 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo como consecuencia de la promulgación del Decreto Supremo Nº 024-2007-TR.

Esta modificación reconoce la doble titularidad de la huelga en su convocatoria: lo podrá hacer el sindicato conforme lo señale el estatuto y los trabajadores en caso de que no exista sindicato. En caso de que el estatuto del organismo sindical no prevea un procedimiento específico para ello se deberá recurrir al procedimiento de decisión ordinario.

Ahora bien, como regla general se prevé que la decisión de adoptar la medida sea efectuada por la mayoría de trabajadores asistentes a la asamblea en cualquiera de los casos, esto es, que la adopción de la medida no requiere de ningún quórum mínimo, así lo decida el sindicato o los trabajadores. Sin embargo, para que esta decisión tenga efectos en todo el ámbito dependerá de que sea adoptada por la mayoría de trabajadores del ámbito, como veremos más adelante.

De otro lado, se mantiene la preferencia sindical en la convocatoria de la medida de fuerza con las reservas antes señaladas: la literalidad de la norma impediría que la mayoría de trabajadores pueda efectuar la medida incluso en el caso de un sindicato minoritario.

Con relación a los efectos de la huelga también la norma establece dos supuestos: una huelga que comprenda a todo el ámbito, es decir, que involucre a personal afiliado como no afiliado; y una huelga limitada únicamente a los afiliados.

En el primer supuesto, la medida deberá ser decidida por la mayoría de trabajadores del ámbito. De esa manera, en caso de que se trate de un sindicato de empresa, el personal afiliado que adopte la medida deberá corresponder a la mayoría de trabajadores de la empresa. Entonces, si la mayoría de afiliados votantes deciden adoptar la medida y dichos votantes corresponden a la mayoría del ámbito, la huelga podrá tener efectos generales. En caso de que no exista sindicato, la mayoría de trabajadores del ámbito deberán adoptar la medida para que esta sea general.

En el segundo supuesto, la mayoría de votantes del organismo gremial deciden realizar una huelga pero los votantes no corresponden a la mayoría del ámbito: la huelga únicamente abarcará a los afiliados.

Asimismo, se prevé que la medida de fuerza en ningún caso comprenderá a los trabajadores de dirección ni de los servicios mínimos, sean estos de mantenimiento o esenciales. Se ha omitido referirse al personal de confianza, lo que no habilita a este personal a realizar una huelga en caso de que pertenezcan a la carrera pública ya que el mandato del artículo 42 de la Constitución lo prohíbe.

La regulación antes expuesta, podemos resumirla en el siguiente cuadro:

TITULAR DEL DERECHO DE HUELGA	REQUISITOS PARA DECIDIR LA HUELGA	SI LA HUELGA ES DECIDIDA POR	SUS EFECTOS SERÁN APLICABLES A ...
SINDICATO	La decisión debe ajustarse a lo dispuesto en los estatutos, siempre que sea tomada en asamblea por la mayoría de asistentes. No se establece un quórum mínimo.	La mayoría de trabajadores del ámbito.	A todo el ámbito con exclusión del personal de dirección y de los servicios mínimos.
		La mayoría de sindicalizados pero minoría de trabajadores en el ámbito.	Solo a los afiliados, con exclusión del personal de dirección y de los servicios mínimos.
TRABAJADORES	La decisión debe ser tomada en asamblea por la mayoría de trabajadores del ámbito. No se establece quórum mínimo.	La mayoría de trabajadores del ámbito.	A todo el ámbito con exclusión del personal de dirección y de los servicios mínimos.

2. Fines de la huelga

Las huelgas pueden ser clasificadas de acuerdo a su finalidad u objetivos. Así, existen las llamadas huelgas económicas (son aquellas que pretenden la creación de una nueva situación en razón de mérito o equidad, como es el caso de un aumento salarial); huelgas profesionales (son aquellas que pretenden reivindicar un interés gremial o profesional, como es el caso de un aumento dirigido a un sector de trabajadores); huelgas políticas (aquellas que están dirigidas contra un acto del gobierno); las huelgas de solidaridad (aquella determinada por un gremio en apoyo de otro que se encuentra en conflicto), etc.[15]

De acuerdo al modelo estático, el propósito de una huelga debe circunscribirse únicamente a los intereses profesionales, es decir, aquella que procura una mejora de tipo gremial o para una profesión determinada. El ejemplo

(15) ERMIDA URIARTE, Óscar. Ob. cit. pp. 59-67.

clásico es el reclamo de mejoras salariales para los trabajadores de una determinada empresa.

En cambio, el modelo dinámico admite –complementando al interés profesional– otros intereses sociales (solidarios, políticos, etc.). En este último escenario, solo se excluiría la huelga desarrollada con fines puramente no profesionales. Un caso de este tipo sería el de una huelga política dirigida a perturbar las elecciones en un determinado proceso electoral.

El artículo 73.a de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo admite la huelga que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos.

De esa forma, las huelgas con móviles puramente socioeconómicos o profesionales, o que combinaran estos con los políticos o solidarios serían factibles de desarrollar. De otro lado, estarían proscritas las medidas que tuvieran un objeto exclusivamente político o solidario. Cabe precisar que si los fines socioeconómicos o profesionales combinados con los fines políticos o solidarios fueran irrelevantes, la medida también debería encontrarse proscrita.

3. Modalidades de la huelga

La adopción de un modelo dinámico o estático de la huelga también repercute en la validez de la medida que se pretende implementar. En ese sentido, en el modelo estático únicamente será posible un tipo de huelga: aquella que implique el cese transitorio de labores con abandono del centro de trabajo. En cambio, en el modelo dinámico se admite como huelga toda aquella medida que perturbe el desarrollo habitual de la actividad del trabajador.

Los trabajadores, como es obvio, tratarán de emplear las modalidades de presión que estimen más eficaces para la defensa de sus intereses, pero deberán tener en cuenta que no todas las medidas de presión son válidas sino que ello dependerá de cada ordenamiento.

Usualmente, las normativas no admitirán las modalidades de huelga que originen un daño excesivo para el empleador, como es el caso de la destrucción o deterioro de bienes de la empresa o el daño a personas. Un punto de consenso entre los modelos estático y dinámico es, precisamente, aceptar el carácter pacífico de la huelga e impedir las medidas que tengan un matiz violento. Sobre tal punto, la legislación peruana también pone énfasis en el carácter pacífico de la huelga en los artículos 72 y 79 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo.

En nuestro país, comoquiera que se adoptara un modelo estático de huelga, se encuentran proscritas todas aquellas medidas que no encuadren con la

definición legal del instituto. De este modo, estarían proscritas las huelgas que no supusieran paralización sino alteración del trabajo habitual (huelga de bajo rendimiento), o que conllevaran una paralización que afectara solo a grupos de trabajadores (huelga neurálgica), o que no se materializaran con abandono del centro de trabajo (huelga de brazos caídos).

En efecto, el artículo 81 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo ha establecido qué modalidades de huelga deberán ser consideradas como irregulares con el fin de considerarlas inválidas. Estas modalidades son las siguientes: paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo.

Además, los incisos a), b) y f) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral contempla como falta grave que amerita el despido la reiterada paralización intempestiva, disminución deliberada y reiterada en el rendimiento y la toma de locales, lo que refuerza la falta de legitimidad de estas medidas en nuestro ordenamiento(16).

4. Límites del derecho de huelga

En este tema también es significativo verificar si nos encontramos ante el modelo estático o dinámico.

En efecto, el modelo dinámico únicamente reconoce los denominados "límites externos" del derecho de huelga, es decir, aquellos que surgen de la probable confrontación del derecho de huelga con otros derechos fundamentales de similar equivalencia. En cambio, el modelo estático, además de los límites externos, también reconoce los denominados "límites internos", los cuales se derivan de la propia definición de huelga que se haya planteado en un determinado ordenamiento: aquello que no coincidan con la definición no será considerado como huelga.

El límite externo por excelencia del derecho de huelga son los llamados servicios esenciales para la comunidad. Se entiende por ellos a aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Conforme a esta definición, serían servicios esenciales, por ejemplo, los relacionados con la atención de la salud, el suministro de agua, etc.

(16) El Comité de Libertad Sindical, sobre esta materia, se ha pronunciado en el sentido de que nuestras modalidades irregulares deben ser admitidas, siempre que sean pacíficas.

Comoquiera que la interrupción de estos servicios pueda afectar a la comunidad, se plantea la necesidad de que los trabajadores huelguistas aseguren un servicio mínimo a fin de garantizar el funcionamiento del servicio y con ello conciliar el interés de los trabajadores con el de los usuarios.

Nuestro ordenamiento se refiere a las actividades consideradas como servicios esenciales a través de un listado amplio y abierto previsto en el artículo 83 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo. Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical ha considerado que la lista de servicios esenciales es demasiado larga e incluye servicios que no lo son en sentido estricto, lo que limita ampliamente el derecho de huelga.

5. Ejercicio del derecho de huelga

En nuestro ordenamiento, los requisitos para la declaración de la huelga son los siguientes:

a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos;

b) Previo agotamiento de la negociación directa entre las partes respecto de la materia controvertida;

c) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje;

d) Decisión adoptada de acuerdo a lo que prevé el estatuto o por más de la mitad de los trabajadores comprendidos en la medida; y

e) Comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo, con no menos de cinco días útiles de anticipación en las actividades comunes y de diez en los servicios esenciales. Además, en el caso de estos últimos, se requiere designar los servicios mínimos.

En caso de servicios esenciales, corresponde a los empleadores señalar en el primer trimestre de cada año el número y ocupación de los trabajadores que componen el servicio mínimo, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad de los reemplazos. Por su parte, los trabajadores deben comunicar al empleador la nómina del personal que cumplirá el servicio mínimo.

Una vez que los trabajadores comuniquen al Ministerio de Trabajo acerca de la medida de fuerza, tal entidad deberá declarar la procedencia o no de la medida. En ese sentido, la Autoridad de Trabajo se pronunciará sobre la improcedencia de la huelga de modo previo a su inicio si esta no cumple con los requisitos antes señalados.

Respecto del esquema acabado de describir, se ha objetado la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo debido a la parcialidad que tal organismo pudiera tener en estas situaciones. Asimismo, también se ha observado que la huelga tenga una intervención *ex ante* de su ejecución.

Para el Comité de Libertad Sindical, la mayor garantía para el ejercicio del derecho debería incluir una declaración posterior y judicial sobre la legalidad de la huelga, sin embargo, tal opción no ha sido asimilada por nuestra legislación.

De otro lado, la huelga se declarará ilegal si:

a) Se materializa no obstante haber sido declarada improcedente;

b) Se produce violencia sobre personas o bienes;

c) Se incurre en una de las denominadas modalidades irregulares;

d) Se incumple la cobertura de los servicios mínimos o de mantenimiento; y

e) No se levanta después de notificado el laudo o resolución definitiva.

Si la huelga estuviera arreglada a la ley, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo a los huelguistas. De esa manera, nuestro ordenamiento prohíbe el esquirolaje, debido a que dicha práctica deja sin eficacia la medida de fuerza que se pretende adoptar.

Por último, se contempla que la huelga termina por:

a) Acuerdo de las partes en conflicto;

b) Decisión de los trabajadores;

c) Resolución suprema (en el caso de las huelgas que se prolonguen excesivamente, asumiendo características graves); y

d) Ser declarada ilegal.

6. Efectos de la huelga

En el caso de una huelga legal se suspenden válidamente las relaciones individuales de trabajo, exonerándose al empleador del pago de las remuneraciones. De otro lado, no se afecta la acumulación de antigüedad para la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones.

En cambio, en el caso de una huelga ilegal, además de perderse las remuneraciones y no ganarse la citada acumulación de antigüedad, se incurre

en la posibilidad de un despido por falta grave, consistente en ausencias injustificadas. Sin embargo, en este último caso, las faltas injustificadas solo serán computables a partir de que exista una resolución definitiva por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo que declare que la medida es ilegal.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que la regulación actual de la huelga amerita una revisión donde se incorpore el modelo dinámico del beneficio. Si bien puede ser loable el esfuerzo de la Autoridad Administrativa de Trabajo de reconsiderar o interpretar ciertos requisitos legales de manera más atenuada para las organizaciones sindicales, lo concreto es que un sistema de relaciones laborales sólido requiere de herramientas eficaces y claras para cualquiera de los sujetos negociales.

La huelga es una de esas herramientas y, por ello, requiere de una regulación más adecuada que permita consolidar nuestro sistema de relaciones laborales.

PROPIAS PERO TAN AJENAS

Apuntes sobre la evolución de las formas auto y heterocompositivas para la negociación colectiva en el Perú

MARIO PASCO LIZÁRRAGA[1]

INTRODUCCIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se fundó el año 1988. Como dice su acta de fundación, se trataba de constituir *"una asociación de naturaleza científica, cuya finalidad principal sería la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario del derecho del trabajo, así como de la seguridad social"*.

El acierto central de los tres fundadores, y de quienes los acompañaron y sucedieron luego a fin de lograr que la sociedad lograra vida asociativa no solo larga, sino intensa y fructífera para sus miembros, consistió –en nuestra modesta opinión– en concebirla y formarla como ente abierto a personas de pensamientos muy disímiles y hasta enfrentados entre sí, pero en un ambiente de absoluto respeto mutuo, formando camaradería entre quienes, como los equipos rivales en el deporte, dependen mutuamente en su existencia.

La sociedad es un foro en el que quienes nos ocupamos nuestros días en el Derecho Laboral discutimos, discrepamos y a veces, cuando se puede, concordamos.

(1) Abogado. Miembro de la SPDTSS. Socio de Rodrigo Elías & Medrano Abogados.

Todo ello se ha hecho de modo espontáneo, y todo ha dependido de la buena voluntad de todos los intervinientes.

Guardando naturales y evidentes distancias, tememos que durante el mismo lapso en las relaciones laborales peruanas, y concretamente en lo que se refiere a los medios para la solución de los conflictos colectivos de intereses, no ha sucedido lo propio. Nos atrevemos a decir que ha ocurrido todo lo contrario. Los actores sociales no han logrado, y quizás ni siquiera han intentado del todo, implantar un sistema que las satisfaga razonablemente, como para asumirlo como mecanismo permanente o al menos estable.

En el presente artículo intentaremos esbozar algunas ideas alrededor de estos desencuentros. Desde una perspectiva que privilegiará la secuencia normativa o regulatoria de los medios legales de solución de dichos conflictos colectivos, trataremos de encontrar algunas posibles razones para los mismos, y formularemos nuestra crítica directa al vigente en la actualidad.

I. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Todo sistema jurídico contempla diversos mecanismos de solución de conflictos laborales. Usualmente, dichos mecanismos son clasificados de acuerdo al origen de la solución que pone fin al conflicto. Son mecanismos autocompositivos aquellos en los cuales la solución proviene de las mismas partes, mientras que los mecanismos heterocompositivos, conforme a Ermida, son "medios de naturaleza no voluntaria o coactiva, en los que la solución es impuesta a las partes por uno o más terceros"(2).

El mecanismo autocompositivo por excelencia es el trato directo entre las partes, mediante el cual ambas acercan sus posiciones hasta llegar a un acuerdo sobre los puntos materia de discusión. Este es el mecanismo privilegiado, pues la negociación colectiva es, como su nombre lo indica, una negociación.

En el otro extremo del espectro encontramos al arbitraje, mediante el cual un árbitro único, o tribunal arbitral, resuelve sobre aquellos puntos que han sido sometidos a su conocimiento. En estos casos, las partes deben aportar

(2) ERMIDA, Óscar. "Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo". En: *Anales del Foro*. Montevideo, 1982 Nº 43-44. Extracto aparece en Materiales de Enseñanza de Derecho Colectivo del Trabajo. 2da. Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

suficientes elementos de juicio a los terceros, dado que estos no conocen el contexto y la situación de las partes como estas mismas, para que puedan dirimir el conflicto.

De la misma manera, la resolución de los conflictos laborales por parte de la autoridad estatal es claramente una manera heterocompositiva de dar solución a cualquier diferendo entre el empleador y los trabajadores. En este caso, la voluntad del Estado sustituye la de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, existen otros mecanismos de solución de conflictos laborales que son más difíciles de clasificar en alguno de las dos categorías mencionadas. Tal es el caso, por ejemplo, de la conciliación y la mediación, donde es evidente la participación de un tercero, pero en las cuales este no tiene la facultad de obligar a las partes.

La política normativa del Estado dicta si es que estos mecanismos son utilizados de manera conjunta, sucesiva o incluso excluyente.

Nuestro punto de partida, que teñirá toda nuestra reflexión alrededor de los mecanismos de resolución de la negociación colectiva en el Perú durante los últimos 25 años, es que el sistema debe privilegiar al máximo los mecanismos autocompositivos, y recurrir a los heterocompositivos únicamente de manera excepcional por importar siempre un determinado nivel de fracaso de las partes y, por lo tanto, del sistema como tal.

II. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS HASTA ANTES DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El año 1988, cuando se inicia nuestra sociedad (y la presente reseña), la negociación colectiva era un procedimiento cuasi administrativo, y marcado por una abierta intervención del Estado en la solución de los pliegos de reclamos.

Se encontraba vigente el D.S. Nº 006-71-TR, con las modificaciones que sobre el mismo había dispuesto el D.S. Nº 009-86-TR, recogidos ambos por la R.M. Nº 082-86-TR.

Toda esta norma, que en lo formal establecía un procedimiento por etapas predefinidas y muy marcadas, podía ser resumida en su artículo 13, primero de la sección "Las etapas de la conciliación", que sin rubor determinaba: *"Si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, esta será resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo"*.

Desde la perspectiva que permiten los años transcurridos y la evolución posterior de la materia, queda claro que la norma mostraba abierta desconfianza respecto de la capacidad de las partes para llevar con éxito la negociación directa. La mejor muestra es que lanzaba de plano, antes de ocuparse de la negociación misma, la potestad conferida a la Autoridad para determinar el resultado final del proceso.

Ciertamente, existían cuestionamientos. Pasco Cosmópolis postulaba cómo *"el arbitraje forzoso reduce el valor de la negociación colectiva: las partes no negocian en libertad y de buena fe con miras a un acuerdo; sino que se ejercitan en el arte de la adivinación de los designios del árbitro"*(3).

A ello extendía Zavala Costa que:

"El mecanismo vigente tiene muchas deficiencias, entre las cuales podemos consignar las siguientes:

a) La intervención del Estado resulta acentuada tanto en el desarrollo del proceso como en la resolución final. El intervencionismo estatal no se da únicamente en casos especiales como debiera ser. El estudio comparado nos muestra que la tendencia actual es discutir y resolver en trato directo.(…)

b) Es muy riguroso y compulsivo; comprende un proceso constituido por etapas sucesivas (trato directo, conciliación, resolución) que resultan virtualmente obligatorias. El trato directo se ha desnaturalizado y la conciliación resulta una etapa intrascendente. (…)

c) Es demasiado formalista, incidiendo en demasiadas cuestiones de forma y careciendo totalmente de flexibilidad. (…)

d) El procedimiento se parece más a un juicio que a una negociación; las pruebas y su forma de actuación acentúan el carácter litigioso del proceso, impugnaciones, tachas y nulidades se alternan dificultando su marcha.(…)

e) Las partes pierden el interés en la negociación porque saben que existe una etapa de 'arbitraje' obligatorio y que quien resuelve en última instancia es la Autoridad Administrativa de Trabajo"(4).

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Nº 28, Lima, 1988, pp. 99-125.

(4) ZAVALA COSTA, Jaime. "Relaciones laborales y negociación colectiva". En. *Ius et Praxis*. Nº 12, Lima, diciembre, 1988, pp. 197-198.

Lo real era y sigue siendo simple, y opera en muchos ámbitos de la vida, no solo el laboral colectivo: si alguien sabe que un tercero va a cerrar o definir una discusión, y se siente en la capacidad de lograr que ese tercero lo haga de modo favorable a su posición, no va a tener incentivo para ceder frente a su contraparte, sino que va a concentrarse en obtener el resultado del tercero; salvo, naturalmente, que haya factores adicionales de conveniencia en el acuerdo directo, las cuales a veces existen en las relaciones colectivas de trabajo, pero a veces no. En un sistema como el del D.S. Nº 006-71-TR era más importante (y para algunos más simple) convencer a la Autoridad de Trabajo, que a la parte con la que se debía negociar.

En la realidad, existía una especie de sistema de resolución administrativa de los pliegos de reclamos, el cual empezaba con la conciliación, en tanto que, conforme al artículo 32 del D.S. Nº 006-71-TR, la Autoridad de Trabajo notificaba al empleador al inicio de aquella para que presentara las *"pruebas y documentación" que se le requiriera para la elaboración del estudio económico laboral "bajo apercibimiento de tenerse por ciertos los hechos o afirmaciones que determinará la Autoridad en la misma providencia"*. A ello se acumulaba, según el artículo 33, la "fundamentación escrita" de las partes, y conforme al artículo 34 se emitía resolución, la cual contendría *"en sus considerandos la evaluación de los elementos de juicio, teniendo en cuenta las fórmulas de solución propuestas por el órgano técnico"*. Mandaba la resolución; las partes tenían como función principal influir en ella. Poco importaba realmente si conversaban o no lo hacían.

El sistema tenía una carga bastante definida y simple de entender. Como explica Rendon, *"finalmente, las autoridades resuelven el conflicto si las partes no llegan a un acuerdo sobre los puntos del pliego de peticiones. Es esta, tal vez, la facultad más importante que tienen: jurídicamente porque por ella el Estado actúa como un árbitro obligatorio cuya voluntad se sobrepone a las de las partes; y económicamente porque al resolver en un sentido determinado modifica el libre juego del mercado de fuerza de trabajo no es libre sino controlado; su funcionamiento depende de la política económica del Gobierno. Una política planificada o inclinada hacia la planificación tratará de buscar la concordancia del precio de la fuerza de trabajo con los precios de las demás mercancías que también que hallarse sujetos a control (…)"*[5]

(5) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Manuel de Derecho del Trabajo Colectivo*. Ediciones Tarpuy, Lima, 1983, p. 240.

La consecuencia natural, casi automática, de una mecánica así, es que la mitad de los intervinientes en los procesos de negociación carezcan de incentivo para discutir, ceder, acordar, vale decir, que carezcan de incentivo para negociar.

En ese contexto no resultaba sorpresiva la dación de normas como la Ley N° 25222, que determinaban como derecho de una de las partes (la laboral), y no como decisión a cargo de la voluntad conjunta de ambas, la negociación colectiva por rama de actividad.

La atmósfera hostil a la negociación real, empero, era aún más marcada que lo antes descrito. Ya desde la dación del D.S. Nº 010-86-TR se había iniciado una intervención estatal directa y general, de carácter normativo, sobre la negociación colectiva, al abrirse la "posibilidad" de que se pactara *incrementos adicionales de remuneraciones* para paliar los efectos de la creciente inflación sobre los salarios. Claro: como operaba ya en el sistema, la norma preveía que *"de no haber acuerdo, el incremento será fijado por la autoridad administrativa de trabajo"*.

El apocalipsis inflacionario llevó a situaciones aún más extremas, aunque su signo se modificaría.

Precisamente, el año 1988 se dictó el D.S. Nº 025-88-TR, que automatizó los incrementos adicionales de remuneraciones (aunque aplicándonos sobre bases sujetas a tope). Ya ni siquiera era necesario recurrir al árbitro administrativo para resolver gran parte de los temas más urgentes de las discrepancias entre las partes.

Luego, después de la dación de un gran número de dispositivos gubernamentales por los que se decretaba aumentos en monto fijo a los trabajadores sujetos a negociación colectiva, la situación de intervencionismo estatal llegó a su extremo (y cambió radicalmente su dirección) durante el año 1990 y los siguientes.

El D.S. Nº 071-90-TR consagró un sistema de resolución en conjunto de todos los pliegos de reclamos cuya vigencia se iniciara un determinado mes (en el caso de la norma recién mencionada, agosto, setiembre de octubre de 1990) mediante el otorgamiento simple de aumentos en monto fijo y general. Posteriormente, el DS. Nº 018-91-TR y otros posteriores implantaron un sistema centralizado de resolución de pliegos a cargo de la Dirección General de Trabajo, extrayéndolos de la competencia original.

Poco tiempo después se promulgarían los tan cuestionados Decretos Supremos Nºs 057-90-TR y 107-90-TR, los cuales implantaron un estado de cosas que, como describe Dolorier Torres *"cerró toda posibilidad de cualquier*

incremento de remuneraciones" y *"dejó sin efectos las estipulaciones de los convenios colectivos vigentes"*[6] para los trabajadores de las empresas del Estado, con prescindencia de lo que hubiera podido suceder en una negociación real. Agrega Dolorier que *"todo lo estipulado en estos acuerdos ya no tenía valor jurídico alguno, pues los incrementos que se hubieran pactado en negociaciones libres fueron reemplazados por las disposiciones gubernamentales, sobre incrementos remunerativos"*[7].

En sentido similar, el Decreto Legislativo N° 757 y los posteriores Decretos Ley Nºs 25541 y 25876, determinaron que los dispositivos legales, pactos o convenios, costumbre, transacciones, pronunciamientos judiciales o administrativos que establecieran sistemas de reajuste automático de remuneraciones *"concluyeron en su aplicación y ejecución, el 13 de diciembre de 1991"*, en este caso con efecto tanto sobre el Sector Público como para la actividad privada.

Como es natural, todas estas medidas fueron también muy criticadas, principalmente, nuevamente según Dolorier, porque (i) las restricciones no fueron llevadas a cabo según los instrumentos constitucionalmente previstos de concertación; (ii) porque sus fundamentos no se encontraban en otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, sino que tenían su causa en la simple "promoción a la inversión privada"; y (iii) porque no se incluyó noción alguna de temporalidad[8].

Visto en perspectiva, el tránsito de un sistema de resolución singular para cada negociación hacia la virtual derogación de toda negociación para su sustitución por una determinación política para desembocar finalmente en su desprecio incluso como fuente obligatoria de derechos, se presenta casi como natural, en tanto que en todos los casos el factor principal que estaría tras el resultado verdadero no sería y ni siquiera provendría de la conjunción o acercamiento de los intereses de las partes (que solo se plasma propiamente en las vías autocompositivas de solución), sino de lo que más conviniera a un tercero con intereses autónomos, como lo es el Estado.

(6) DOLORIER TORRES, Javier. *Limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva*. Benites Mercado y Ugaz Abogados. Lima, 1994. p. 283.

(7) Ibídem, p. 280.

(8) Ibídem, p. 278.

III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El 2 de julio de 1992, en plena interrupción del régimen democrático, se publicó el D.L. Nº 25592, Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

Junto con una serie de ajustes dirigidos a aligerar y simplificar el proceso, de modo que fluyera más como búsqueda de encuentros y menos como contraposición de posiciones, el más trascendente de los cambios, en lo que a la negociación colectiva refiere, fue la eliminación de la intervención decisoria del Estado en la negociación colectiva, salvo para casos de evidente excepción(9).

En el nuevo esquema, la negociación quedó a cargo fundamental y casi exclusivamente de las partes. Si no se lograba el acuerdo, podían estas obtener apoyo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero no serían suplidas por esta.

Ante imposibilidad de adoptar un acuerdo por la vía directa, el diferendo derivaba hacia el conflicto abierto (la huelga), a menos que, conforme, al artículo 61, las partes lo sometieran a arbitraje.

Más allá de dudas interpretativas provenientes de la imperfecta concordancia entre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento (aprobado por D.S. Nº 011-92-TR), en efecto, el arbitraje como método de resolución de pliegos de reclamos fue entendido y aplicado en general como voluntario para ambas partes.

Ello por el requisito de que las partes suscribieran un acta arbitral para que se diera inicio a dicho procedimiento (conforme al artículo 49 de la última norma nombrada), con la consiguiente imposibilidad de que la una parte o la Autoridad de Trabajo pudiera obligar a la otra parte renuente a emitir una manifestación de voluntad inexistente para viabilizarlo.

En la norma, el arbitraje aparece con el sistema de última oferta, vale decir, que a efectos de que los árbitros definan el pliego de reclamos, cada una de las partes planta una posición integral respecto de la negociación colectiva,

(9) Nos referimos a la facultad conferida por el artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo al Poder Ejecutivo para poner fin a una huelga y solucionar el pliego de reclamos en casos en que aquella *"se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o, de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias"*.

para que aquellos elijan entre ambas. El artículo 65 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo determina que el laudo debe recoger "en su integridad" la propuestas de una de las partes –se entiende que la más razonable– y que no puede plantear una solución distinta a ellas, ni combinarlas. Tan solo admite la norma la *atenuación de posiciones extremas*.

Una mirada fría al sistema previsto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo debiera tender a reconocer que en lo fundamental, y tratándose de escenarios típicos de actividad sindical y negociación colectiva, cuando menos resulta respetuoso de la autonomía colectiva de los sujetos negociales. La ley no impone soluciones ni mayores trámites a ninguna de las partes y las deja libres para que solucionen sus asuntos.

Si un sindicato tiene la suficiente fuerza gremial y los escenarios económicos y laborales así se lo permiten, tendrá abierto el camino de la huelga para obtener concesiones que le resulten complicadas de aceptar a la parte empleadora. Si logra mayorías y militancia real, tendrá la posibilidad de acceder a negociación por rama, o de ampliar beneficios aunque a la contraparte no le cause gracia.

Si el sindicato prefiere evitar el conflicto abierto, y la empresa o empresas concuerdan, pueden legitimar a un tercero o terceros para que lleven el impasse a buen puerto, mediante el arbitraje. Al fin y al cabo, si no lo hacen, vale decir, si los empleadores no aceptan el arbitraje, estarán arriesgando que se produzca una huelga, con las inevitables consecuencias negativas sobre todos los involucrados.

Ciertamente, el sistema de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ha sido también objeto de cuestionamientos y críticas, tanto de carácter conceptual como en cuanto a su aplicación práctica.

En lo primero, se planteaba que el sistema no resultaba funcional, en tanto que si un sindicato no tenía como alternativa viable la huelga, le generaba serias dificultades para alcanzar resultados razonables, dado que al empleador le bastaba no acceder al arbitraje para trabar del todo el proceso. Ugaz plantea sobre esto que *"la combinación de medidas de fuerza mayormente ilícitas con la imposibilidad de cerrar el conflicto a través del arbitraje (salvo que exista la anuencia del empleador) nos ha llevado a una situación perniciosa: la proliferación de conflictos no resueltos, inacabados, que redundan en un mal clima laboral y que no satisfacen a los actores involucrados en las relaciones colectivas laborales"*(10).

(10) UGAZ, Mauro. "La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje

Por otro lado, el sistema depende para su funcionamiento de la correcta actitud de los involucrados: de las partes al nombrar árbitros, y de estos al conocer el diferendo. Como suele suceder, empero, la respuesta de tales involucrados no siempre ha sido positiva. Muchas partes han nombrado árbitro no para que actúe realmente como tal, sino para que impulse e intente hacer prevalecer sus posiciones de parte, y muchos árbitros han hecho exactamente eso, complicando el trabajo del tribunal.

En otros casos, los tribunales arbitrales han independizado su accionar de las partes lo que está bien, pero han llegado a hacerlo en grado desmedido, al privilegiar la obtención de una resolución de consenso aunque ello les exigiera exceder la facultad de atenuación ya descrita, generando una especie de segunda negociación o negociación paralela, pero sin las partes, que deviene en laudos muy cercanos a la combinación de las posiciones de las partes o su dirimencia en aplicación de un punto medio ciertamente arbitrario.

Ciertamente, pues, se trataba de un sistema también imperfecto.

IV. EL SISTEMA ACTUAL DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

El sistema establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, con su disyunción huelga-arbitraje voluntario, culminó abruptamente en su aplicación del proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú, resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional. El Tribunal determinó que, dado que tales sindicatos y empresas no se habían podido poner de acuerdo sobre el nivel de negociación, la controversia a ese respecto debía dirimirse mediante el arbitraje, y posteriormente agregó que dicho arbitraje sería –como el previsto en la ley– potestativo, vale decir, que si una parte lo promovía, la otra no podía oponerse al mismo (salvo, naturalmente, que el sindicato optara por recurrir a la huelga).

Sobre esa base, el Poder Ejecutivo introdujo al D.S. Nº 011-92-TR el subartículo 61-A, conforme al cual el arbitraje es potestativo en dos escenarios:

potestativo". En: *V Congreso Nacional SPDTSS*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, octubre 2012, p. 267.

- Cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nivel de una primera negociación colectiva.
- Cuando en una primera negociación las partes no se ponen de acuerdo en el contenido de aquella.
- Cuando existen actos de mala fe de algunas de las partes durante el proceso de negociación colectiva.

Más allá de los efectos de esta regulación, que revisaremos luego, el estatus mismo de la cuestión sobre el arbitraje potestativo puede calificarse de parcialmente indefinido, producto de la forma cómo se han desarrollado los acontecimientos.

La sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, en efecto, no sienta precedente de observancia obligatoria ni enmienda explícitamente el texto legal, más allá de declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino que resuelve el caso particular. Expresa en una de sus aclaratorias, empero, que el arbitraje laboral en general es potestativo.

El artículo 61-A ya mencionado, por su lado, es el único canal a través del cual cabe legalmente promoverse y entablarse un arbitraje potestativo, pues es la norma que aplicará la Autoridad de Trabajo para, por ejemplo, llegado el momento, nombrar árbitro en rebeldía de una parte; y en ese supuesto el Tribunal que resuelva su propia competencia estará (debiera estar) condicionado a efectos de su resolución a la presencia de los requisitos ya listados.

Adviértase que el reglamento establece el arbitraje potestativo únicamente por causal, con lo que el valor por defecto del arbitraje previsto en la ley (el arbitraje que no es potestativo) sigue siendo de índole voluntaria, lo que cierra el camino a otras formas de forzarlo.

Pero el reproche principal que tenemos respecto de este mecanismo y los motivos por los que pensamos que no es positivo para la formación de una cultura de negociación colectiva real en el país, van más allá de la simple imprecisión técnica de la normativa.

Si el arbitraje mostraba problemas en su vertiente voluntaria, lo cierto es que quienes se hubieran sentido perjudicados por ellos habrían carecido de mayor título para protestar. Al fin y al cabo, cuando uno le entrega a un tercero la solución de un asunto, tiene que estar a lo que ese tercero decida, precisamente porque se ha puesto en sus manos. La decisión de un tribunal arbitral en ese contexto, por muy cuestionable que pudiera ser, o a pesar de todos los argumentos que pudieran armarse para refutar sus consideraciones,

habría sido pedida por las partes y aceptada de antemano por estas. Un laudo podría ser de mala calidad o muy equivocado, pero siempre tendría la legitimidad que le confiere la voluntad de las partes al solicitarlo.

Al igual que un acuerdo directo, entonces, si el laudo es bueno o malo resulta finalmente irrelevante, pues el hecho cierto es que las partes han decidido que esa sea la solución, y a eso tendrán que estarse.

En el arbitraje potestativo eso no se da. A través de este mecanismo cabe que sin intervención de la voluntad de una parte y hasta en contra de esta, terceros ajenos a la realidad de los actores de la discusión, que no han sido conferidos de autoridad estatal ni ostentan jurisdicción, se pronuncien primero respecto de los actos de estas y, después, sobre cuál debe ser la solución del diferendo de intereses.

Un sistema que reposa sobre la equidad, vale decir, sobre el criterio del decisor, solo es admisible si a quien se le va a aplicar ese criterio ha consentido en que ello suceda.

El temor principal que genera la figura, correlativamente, es que constituye una especie de vehículo de facilitación del proceso, pero no del de negociación (pues al final la niega) sino del de obtención de los beneficios de la negociación colectiva, es decir, en herramienta para que se logre que sindicatos que en negociación directa no tendrían mayor herramienta para obtener una determinada condición o beneficio, puedan acceder a estos.

Sin ser lo que era la resolución administrativa de los pliegos de reclamos, consideramos que el arbitraje potestativo es un retroceso. Considérese que, así como antaño la parte podía no negociar y estarse a lo que resolviera el poder político, actualmente, y con un manejo lo suficientemente hábil (o directamente abusivo), esa parte puede forzar la solución del pliego por arbitraje, jugándolo ni más ni menos que al sorteo por la presidencia del tribunal arbitral.

El resultado de un arbitraje potestativo, en efecto, reposa en buena medida en la identidad de los árbitros, o en algunos casos del presidente, quien originalmente era nombrado discrecionalmente por la Autoridad de Trabajo, y ahora lo es por sorteo, salvo acuerdo de los otros dos árbitros.

La designación por sorteo es preferible a la digitada. Pero es también criticable. Nada hay en las características de los árbitros que aparecen (aparecemos) en el listado de profesionales hábiles para actuar como tales, algo que los califique para determinar los destinos de una empresa o rama de empresas específica. Nada hay que demuestre que tienen conocimiento del sector o entienden la problemática o que efectivamente van a actuar conforme debieran

para que la solución de equidad sea justa, más allá de la simple demostración de que se trata de profesionales.

V. LA INEXISTENTE BÚSQUEDA DEL ACUERDO

Lo más triste de la situación descrita, el contraste más notorio entre nuestra sociedad y nuestro tema, es que todos los cambios que se han presentado a lo largo de los años, todos los vaivenes descritos, han sido establecidos por el imperio del Estado.

Ni el sistema de resolución de conflictos por la Autoridad de Trabajo era querido por grandes sectores de empresas (y entenderíamos que en algún momento tampoco por los sindicatos), ni los sindicatos pudieron siquiera manifestarse respecto de la implantación del arbitraje voluntario. Las partes sociales ni siquiera existieron en el tránsito hacia el arbitraje potestativo, pues este se produjo a través de una situación particular.

¿Cómo, nos preguntamos, podría alguien pensar que en el Perú tenemos un sistema de negociación funcional, si ese sistema jamás ha sido negociado?

Esperemos que en un futuro, quizás partiendo de experiencias de diálogo exitosas como la que representa la entidad a la que hace homenaje este trabajo, sea posible una aproximación sensible a la cuestión y el establecimiento de mecanismos que realmente permitan y fomenten la negociación colectiva, conforme al mandato constitucional.

LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

JAVIER ARÉVALO VELA[1]

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto hacer un breve estudio del régimen jurídico de los derechos colectivos de los servidores estatales sujetos al Régimen del Servicio Civil, regulado por la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de julio de 2013 (en adelante, la LSC), vigente desde el 5 del mismo mes en cuanto al Capítulo VI del Título III referido a los derechos colectivos.

A efectos de nuestro análisis de la LSC, utilizaremos como herramientas el Convenio Nº 151 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública,1978; la Constitución Política del Estado de 1993, las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Derecho Laboral público, las opiniones vinculantes emitidas por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante, Servir) y, por supuesto, la doctrina nacional y extranjera sobre Derecho Laboral público.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En nuestro país la regulación de los derechos colectivos de los servidores públicos ha evolucionado desde un total desconocimiento y proscripción por

(1) Juez supremo titular. Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Magíster en Derecho.

parte del Estado hasta su reconocimiento formal pero con carácter marcadamente restrictivo. Esta evolución podemos sintetizarla en las normas siguientes:

El decreto supremo de fecha 12 de mayo de 1920 estableció que los empleados públicos que, con el pretexto de huelga, se confabulasen para dejar sus empleos o servicios, serían separados de ellos sin lugar a reclamación de ninguna especie.

El decreto supremo del 18 de octubre de 1945 estableció que los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en las fuerzas armadas del país no estaban facultados para formar sindicatos ni asociaciones similares, ni podían ejercer derecho de paralización colectiva, por su condición de militares asimilados integrantes de las fuerzas armadas.

El decreto supremo del 12 de noviembre de 1945 estableció que las organizaciones de empleados públicos no se llamarán sindicatos.

El Decreto Ley Nº 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de 29 de mayo de 1950, estableció en su artículo 49 que los empleados públicos solo podrían asociarse con fines, deportivos, culturales y cooperativos. Estando prohibidas dichas asociaciones de adoptar la denominación u organización propia de los sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.

La Constitución Política de 1979 reconoció en su artículo 61 los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, mientras que su Decimoséptima Disposición General y Transitoria ratificó el Convenio Nº 151 de la OIT.

Decreto Supremo Nº 003-82-PCM del 22 de enero de 1982 estableció normas para regular el derecho de los trabajadores del Sector Público a constituir organizaciones sindicales.

Decreto Supremo Nº 026-82-JUS del 26 de julio de 1982 aprobó disposiciones para el mejor cumplimiento del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM.

Decreto Supremo Nº 010-83-PCM del 25 de febrero de 1983 normó la calificación de paralizaciones colectivas de trabajo del personal comprendido en la Ley Nº 11377.

El Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, del 6 de marzo de 1984, en su artículo 23, incisos ll) y m), reconoció el derecho de los servidores públicos a "constituir sindicatos" y "hacer uso de la huelga, en la forma que la ley determine", respectivamente.

Decreto Supremo Nº 070-85-PCM de 26 de julio de 1985 estableció para los gobiernos locales el procedimiento de la negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de sus funcionarios y servidores.

Decreto Supremo Nº 099-89-PCM sustituyó el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM referente a los requisitos para constituir confederaciones de servidores públicos. Este artículo había sido modificado anteriormente por el Decreto Supremo Nº 050-85-PCM de 21 de junio de 1985.

Decreto Supremo Nº 063-90-PCM modificó el artículo 16 del Decreto Supremo Nº 003-82-PCM, que eliminó la prohibición de reelección de los integrantes de la junta directiva del sindicato.

La Constitución Política de 1993, actualmente vigente, en su artículo 42 reconoce el derecho de sindicación y huelga de los servidores públicos.

Decreto Supremo Nº 074-95-PCM, deroga diversos artículos de los Decretos Supremos Nº 003-82-PCM y 026-82-PCM, relativos a las comisiones técnicas del INAP que debían dictaminar sobre los pliegos de peticiones presentados por los servidores públicos; igualmente dicta normas sobre la negociación colectiva en los gobiernos locales modificando el Decreto Supremo N° 070-85-PCM.

Ley Nº 27556, de 22 de noviembre de 2001, crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

Decreto Supremo Nº 003-2004-TR, de 23 de marzo de 2004, establece Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA OIT

En el ámbito del Derecho Internacional, encontramos que el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva ha sido reconocido por diversos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT), no ocurriendo lo mismo con el derecho de huelga.

La libertad sindical y la negociación colectiva han sido consideradas por la 86ª Conferencia de la OIT celebrada en Ginebra en junio de 1998, como uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, que todos los Estados miembros de la OIT deben respetar, promover y cautelar.

1. Los Convenios de la OIT

Los Convenios de la OIT son tratados internacionales en materia de trabajo y seguridad social que cada Estado miembro puede firmar y ratificar, quedando a partir de ese momento obligado a su cumplimiento.

Resulta necesario precisar que los derechos reconocidos por los Convenios OIT deban ser entendidos como derechos mínimos que pueden ser mejorados por los Estados que los han ratificado.

La libertad sindical y la negociación colectiva se encuentran consagradas en los Convenios de la OIT que a continuación se señalan:

- **Convenio Nº 87**, Sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (1949), aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa Nº 13281 del 15 de diciembre de 1959;

- **Convenio Nº 98**, Sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (1949), aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa Nº 14712 del 18 de noviembre de 1963;

- **Convenio Nº 151**, Sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, ratificado por la Decimoséptima Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1979;

- **Convenio Nº 135**, sobre representantes de los trabajadores, 1971, no ratificado por el Perú;

- **Convenio Nº 154**, sobre la negociación colectiva, 1981, no ratificado por el Perú.

2. Las Recomendaciones de la OIT

Las Recomendaciones son propuestas que la OIT formula a los Estados sobre determinado tema, las que pueden orientar las políticas y prácticas nacionales, sin que exista por parte de estos obligación alguna de incorporarlas a su legislación nacional, no obstante haber ratificado los convenios a que puedan estar referidas.

Las Recomendaciones de la OIT más importantes en materia de libertad sindical y negociación colectiva son:

- **Recomendación Nº 91**, sobre contratos colectivos, 1951;

- **Recomendación Nº 143**, sobre los representantes de los trabajadores, 1971;

- **Recomendación Nº 159**, sobre las relaciones de trabajo de la Administración Pública, 1978;

- **Recomendación Nº 163**, sobre fomento de la negociación colectiva, 1981.

IV. EL CONVENIO N° 151 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio N° 151, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, fue aprobado en la Sexagésima Cuarta reunión de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en junio de 1978.

Este Convenio fue adoptado teniendo en cuenta que : *"(…) el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva,1949, no es aplicable a ciertas categorías de empleados públicos y que el Convenio y la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971, se aplican a los representantes de los trabajadores en la empresa"*(2) ; además que: *"(…) los problemas particulares que plantea la delimitación del campo de aplicación de un instrumentos internacional y la adopción de definiciones a los fines del instrumento en razón de las diferencias existentes en muchos países entre el empleo público y el empleo privado, así como las dificultades de interpretación que se han planteado a propósito de la aplicación a los funcionarios públicos de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y las observaciones por las cuales los órganos de control de la OIT han señalado en diversas ocasiones que ciertos gobiernos han aplicado dichas disposiciones en forma tal que grupos de empleados públicos han quedado excluidos del campo de aplicación del Convenio"*(3).

En conclusión, podemos afirmar que el Convenio N° 151 de la OIT se aprobó con la finalidad de garantizar el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva de los empleados públicos.

(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenios y recomendaciones internacionales 1919-1984*. 1985, p. 1572.

(3) Ídem.

El Perú ha incorporado al Derecho nacional el Convenio Nº 151 de la OIT al ratificarlo mediante la Decimoséptima Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

El Convenio Nº 151 de la OIT presenta el contenido siguiente:

- Parte I Campo de aplicación y definiciones, arts.1, 2 y 3.
- Parte II Protección del derecho de sindicación, arts. 4 y 5.
- Parte III Facilidades a las organizaciones sindicales de empleados públicos, art. 6.
- Parte IV Procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo, art. 7.
- Parte V Solución de conflictos, art. 8.
- Parte VI Derechos civiles y políticos, art. 9.

V. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

A nivel constitucional encontramos, en primer lugar, una disposición de carácter general, válido para todo tipo de trabajadores sean privados o públicos, que es el artículo 28 de la Constitución, el cual establece que:

> *"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 colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos.*
> 3. *Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones."*

En segundo lugar, respecto de los servidores encontramos una disposición de carácter específico, la cual legisla:

> *"Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos.*

No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de la Fuerzas Armadas y Policía Nacional".

Como se podrá apreciar, la Constitución Política de 1993 reconoce expresamente el derecho de los servidores públicos a la sindicación y la huelga, pero no hace mención expresa de su derecho a la negociación colectiva; sin embargo, ello no debe llevarnos a interpretar que dichos trabajadores no gocen ese derecho, sino a una interpretación en contrario, tal como veremos más adelante al ocuparnos específicamente del tema de la negociación colectiva.

VI. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La libertad sindical ha sido objeto de diversas definiciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, por lo que a continuación presentaremos algunas de las más importantes, para luego proponer la nuestra.

Palomeque, definiendo la libertad sindical, nos dice que es: *"(…) el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio libre de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores, constituye una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales del Estado social y democrático de derecho"*(4).

Etala considera que la libertad sindical puede definirse como: *"(…) el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo"*(5).

Por su part,e el Tribunal Constitucional peruano define la libertad sindical de la manera siguiente:

(4) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho sindical español.* 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 84.

(5) ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del Trabajo*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 58-59.

"26. Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical"[6].

La existencia de diversas definiciones como las antes citadas nos demuestran que no es una tarea fácil definir acertadamente la libertad sindical; sin embargo, sobre la base de las definiciones anteriores, y con especial referencia al régimen laboral público, podemos definir la libertad sindical desde dos ámbitos: el individual y el colectivo. En el *ámbito individual*, como la facultad que tiene todo servidor público para participar en la constitución de un sindicato, afiliarse o desafiliarse al mismo, o simplemente no pertenecer a ningún sindicato, si así lo considera conveniente para sus intereses, sin que ello le origine perjuicio alguno en su empleo. En el *ámbito colectivo*, como el derecho que tiene todo sindicato para organizarse, administrarse y funcionar en forma autónoma respecto de la Administración Pública empleadora sin injerencias de ninguna clase.

1. Trabajadores públicos con derecho a formar sindicatos

El Convenio Nº 151 establece que este se aplica a todas las personas empleadas por la Administración Pública, siempre que no le sean aplicables otros más favorables, excluyendo de sus alcances a los empleados de alto nivel que por razón de sus funciones poseen poder de decisión o desempeñan cargos directivos o sus labores son de naturaleza altamente confidencial (art. 1. inc.1 y 2).

Para el caso de las Fuerzas Armadas y la Policía, el Convenio N° 151 deja a consideración de la legislación de cada Estado determinar hasta qué punto le son aplicables sus disposiciones (art. 1, inc. 3).

El derecho de los empleados públicos a formar sindicatos ha sido reconocido por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT en diversos pronunciamientos, entre los que cabe citar los siguientes:

"219. Los funcionarios públicos, como todos los trabajadores sin distinción, deberían gozar del derecho de constituir organizaciones sindicales de su elección y afiliarse a las mismas, sin autorización previa, para la promoción y defensa de sus intereses; 221. Teniendo en cuenta la importancia que reviste para los empleados al servicio del Estado o de las autoridades locales el derecho a constituir o registrar sindicatos, la negación del derecho de sindicación a los trabajadores al servicio del Estado es incompatible con el principio generalmente admitido de que

(6) STC Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 26.

los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir, sin autorización previa, los sindicatos de su elección"[7].

En el Perú, el primer párrafo del artículo 41 de la LSC consagra el derecho de los servidores públicos a constituir sindicatos cuando señala: *"Los servidores civiles tienen derecho a organizarse con fines de defensa de sus intereses"*.

En consecuencia, solo pueden formar sindicatos los servidores civiles de carrera y los servidores de actividades complementarias.

2. Trabajadores excluidos del derecho de sindicación

El Convenio N° 151 en su artículo 1, inciso 2, excluye del derecho de sindicación a los altos funcionarios del Estado, señalando que: *"La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial"*.

Por su parte el inciso 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 establece que: *"la legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio son aplicables a las fuerzas armadas y la policía"*.

Las disposiciones legales antes citadas han sido recogidas por las normas contenidas en la Constitución de 1993, que señala como trabajadores excluidos del derecho de sindicación los siguientes:

- Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (Const. art. 42);
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (Const. art. 42);
- Los jueces y fiscales (Const. art. 153).

La última parte del primer párrafo del artículo 40 de la LSC precisa que servidores públicos están excluidos de los derechos colectivos cuando señala que: *"No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza"*.

(7) COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT. *La libertad sindical*. 5ª Edición revisada. 2006, p. 49.

3. La libertad sindical individual en el régimen laboral público

El artículo 4 del Convenio N° 151 de la OIT establece al respecto lo siguiente:

> *"1.- Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.*
>
> *2.- Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*
>
> *a) sujetar empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;*
>
> *b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización*".

La primera parte del artículo 41 de la LSC señala textualmente: *"Los servidores civiles tienen derecho a organizarse con fines de defensa de sus intereses".*

4. La libertad sindical colectiva en el régimen laboral público

El artículo 5 del Convenio N° 151 de la OIT reconoce la libertad colectiva en los términos siguientes:

> *"Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.*
>
> *Las organizaciones de empleados públicos gozaran de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.*
>
> *Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empelados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública".*

La LSC en el último párrafo de su artículo 41 proscribe todo acto de injerencia estatal sobre las organizaciones de servidores civiles cuando establece expresamente lo siguiente: *"La autoridad no debe promover actos que limiten la constitución de organismos sindicales o el ejercicio del derecho de sindicación".*

5. Funciones de los sindicatos

Las funciones que pueden desarrollar los sindicatos de servidores públicos se encuentran previstas en la segunda parte del artículo 41 de la LSC cuando se les atribuye las siguientes: *"Las organizaciones de servidores civiles deben coadyuvar en el propósito de mejora continua del servicio al ciudadano y de no afectar el funcionamiento eficiente de la entidad o la prestación del servicio"*.

VII. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La negociación colectiva puede definirse como el procedimiento por el cual los trabajadores y empleadores, mediante el intercambio recíproco de propuestas y contrapropuestas, buscan llegar a un acuerdo sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos de carácter laboral.

Trasladando la definición antes vertida al ámbito del Derecho Laboral público, y tomando en consideración lo dispuesto en la artículo 7 del Convenio Nº 151 de la OIT, nos atrevemos a definir la negociación colectiva en el ámbito público en los términos siguientes: *la negociación colectiva es un procedimiento seguido entre autoridades públicas competentes y un sindicato mayoritario de servidores públicos para establecer condiciones generales de trabajo*.

Se discute en la doctrina si es posible admitir la negociación colectiva entre el Estado empleador y sus trabajadores. Para quienes se inclinan por sostener que la relación Estado-empleado público es de carácter estatutario, esta posibilidad es rechazada, pues consideran que en el fondo se estaría discutiendo el poder estatal; por su parte, quienes sostienen que la relación Estado-empleado público es de carácter laboral, admiten la negociación colectiva con ciertas limitaciones, pues consideran que el Estado es un empleador con características especiales pero empleador al fin y como tal tiene la obligación de negociar con sus trabajadores, claro está esta negociación nunca será idéntica a la celebrada entre particulares.

Creemos que en el Perú la naturaleza laboral especial del vínculo del servidor público con el Estado quedó definida a partir de la tantas veces mencionada sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Marco del Empleo Público, cuando en dicha sentencia se sostiene que *"(…) que es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco*

constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados"[8].

Tribunal Constitucional, sobre el derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva, comentando el artículo 42 de la Constitución, nos dice lo siguiente:

> *"En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*[9]*"*.

En cuanto a los límites a la negociación colectiva celebrada por los servidores públicos el Tribunal Constitucional, sobre la sentencia antes citada, señala lo siguiente:

> *"En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.*
>
> *En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77 y 78 de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.*
>
> *Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.*
>
> *Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de em-*

(8) STC Nº 0008-2005-AI, f. 17.

(9) STC Nº 008-2005-AI, f. 52.

pleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación[(10)]".

Sobre el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos el Servir ha opinado lo siguiente: *"El hecho que en el artículo 42 de la Constitución no se reconozca de manera expresa el derecho a la negociación colectiva a los servidores públicos, no necesariamente puede inducirnos a afirmar que no son titulares de dicho derecho, toda vez que el citado precepto constitucional debe ser interpretado conjuntamente con otras disposiciones de la Constitución y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú"*[(11)].

En otra parte del informe antes mencionado el Servir concluye: *"(…) tanto los servidores públicos comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada como aquellos que se encuentran bajo el régimen laboral público, tienen derecho a la negociación colectiva"*[(12)].

1. Límites legales al derecho a la negociación colectiva

Debemos resaltar que, no obstante la libertad con que esta negociación se debe llevar adelante, la negociación colectiva en el régimen laboral del servicio civil es muy limitada en sus alcances debido a las numerosas restricciones de orden presupuestal a las que se encuentra sujeta, las que impiden un ejercicio amplio de este derecho.

El último párrafo del artículo 40 de la LSC señala expresamente la limitación siguiente: *"Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley"*.

Por su parte, el artículo 42 de la LSC también limita los alcances de la negociación colectiva cuando señala: *"Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen"*.

Se desprende con claridad del texto de la norma transcrita que no se considera la posibilidad de solicitar la mejora de compensaciones de carácter

(10) STC Nº 0008-2005- AI, f. 53 párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto.
(11) Informe Legal Nº 337-2010-SERVIR/GG-AJ del 14 de octubre de 2010.
(12) Ídem.

económico, como sería el incremento de remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, o cualquier otro beneficio económico.

Además, deberá tenerse en cuenta las restricciones impuestas por el Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto aprobada por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, vigente desde el 2 de enero de 2013 (en adelante, el TUOLSNP), esta ley presupuestal impone las restricciones siguientes:

a) La Cuarta Disposición Transitoria, inciso 1) del TUOLSNP, establece que: *"Las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones y demás beneficios del Sector Público se aprueban por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía de Finanzas a propuesta del Titular del Sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad"*.

   Esta disposición, pues, impide que se pueda celebrar cualquier convenio colectivo sobre los conceptos laborales antes mencionados.

b) La Quinta Disposición Transitoria, inciso 1 del TUOLGSNP, establece que: *"Las entidades del Sector Público, independientemente del régimen que las regule, otorgan a sus funcionarios, servidores y/o pensionistas, únicamente hasta doce remuneraciones y/o pensiones anuales una bonificación por escolaridad, un aguinaldo o gratificación por fiestas patrias y un aguinaldo o gratificación por navidad, según corresponda"*.

   Esta norma impide cualquier convenio colectivo que permita percibir más de doce remuneraciones mensuales o más de una gratificación o aguinaldo por Fiestas Patrias o Navidad.

c) La Quinta Disposición Transitoria inciso 2 del TUOLSNP, establece que: *"Las Leyes de Presupuesto del Sector Público fijan los montos que por conceptos de aguinaldos o gratificaciones por fiestas patrias y navidad, según corresponda, y bonificación por escolaridad, se otorgan a los funcionarios, servidores, obreros, personal sujetos a carreras reguladas por Leyes específicas, así como a los pensionistas del Sector Público"*.

   Esta norma no permite que por convenio colectivo se pueda fijar un monto mayor al establecido en las Leyes del Presupuesto para cada año por concepto de aguinaldos, gratificaciones o bonificación por escolaridad.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03885-2010-PA/TC-Callao, del veinticinco de mayo del dos mil once, señala que no se puede negociar la reducción de la jornada de trabajo de siete

horas y cuarenta y cinco minutos establecida para la Administración Pública por el Decreto Legislativo Nº 800.

Sobre las limitaciones del derecho a la negociación colectiva, Servir ha opinado lo siguiente: *"El derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos no se ejerce de modo irrestricto, sino que está sujeto a las limitaciones de la ley, entre ellas, las que regulan materias presupuestales"*[13].

2. Inicio de la negociación colectiva

El primer párrafo del artículo 43 de LSC establece que: *"La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que debe contener un proyecto de convención colectiva (…)"*.

El pliego de reclamos podemos definirlo como el documento que presenta el sindicato de servidores públicos ante la entidad pública respectiva conteniendo sus pretensiones sobre condiciones de empleo que serán objeto de discusión durante la negociación colectiva.

Respecto al contenido del pliego de peticiones, el artículo 7 del Convenio N° 151 de la OIT señala que debe estar referido a condiciones de empleo.

El artículo 43 de la LSC señala que el pliego de reclamos deberá contener lo siguiente:

"a) Nombre o denominación social y domicilio de la entidad pública a la cual se dirige".

El nombre o denominación social de la entidad será el que figura en su norma legal de creación , mientras que el domicilio está referido a la dirección donde se le debe notificar válidamente.

*"b) Denominación y número de registro del o los sindicatos que lo suscriben, y domicilio único que se*ñalen para efectos de las notificaciones".

La denominación del sindicato será la consignada en su estatuto y el número de registro será el que le ha sido otorgado conforme al procedimiento de Registro Sindical regulado por la Ley Nº 27556 y el Decreto Supremo Nº 003-2004-TR.

(13) Ídem.

En cuanto al domicilio, podrá ser el mismo consignado en su estatuto o uno específicamente previsto a efectos de las notificaciones de la negociación colectiva.

> *"c) De no existir sindicato, las indicaciones que permitan identificar a coalición de trabajadores que lo presenta".*

La posibilidad de presentar pliegos de reclamos no es privativa de los sindicatos, sino también es posible que ante la inexistencia de estos sea una coalición de servidores públicos la que presente el pliego de reclamos; en este caso se deberá brindar los datos que permitan identificar a los trabajadores que representan a la coalición.

> *"d) La nómina de los integrantes de la comisión negociadora no puede ser mayor a un servidor por cada cincuenta (50) servidores civiles de la entidad que suscriben el registro del sindicato hasta un máximo de seis (6) servidores civiles".*

Esta disposición pretende establecer el número de trabajadores que deberán conformar la comisión negociadora, sin embargo, su redacción es confusa, pues nos dice que será de un (1) trabajador por cada cincuenta que suscribieron el registro del sindicato lo que nos lleva a pensar que en una entidad con más de cincuenta y menos de cien (100) la comisión será de un (1) trabajador, lo que parece absurdo. Más acertado hubiera sido establecer en dos miembros como mínimo la comisión negociadora y uno más por cada cincuenta servidores hasta un máximo de seis.

> *"e) Las peticiones que se formulan respecto a condiciones de trabajo o de empleo que se planteen deben tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención. Se consideran condiciones de trabajo o condiciones de empleo los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones".*

En cuanto a la redacción de las cláusulas del pliego de reclamos, estas deben ser integradas de una manera armónica en un proyecto de convención, estando referidas a condiciones de trabajo o condiciones de empleo.

> *"f) Firma de los dirigentes sindicales designados para tal fin por la asamblea, o de los representantes acreditados, de no haber sindicato".*

La firma por los dirigentes sindicales o por los representantes acreditados por la asamblea implica la conformidad de la parte laboral con el contenido de

las peticiones que se formulan, así como que los dirigentes gozan de facultades para participar de los actos procesales propios de la negociación colectiva.

3. Procedimiento de negociación colectiva

De acuerdo con el artículo 44 de la LSC, la negociación colectiva sigue el trámite siguiente:

> *"a) El pliego de reclamos se presenta ante la entidad pública entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del siguiente año.*
>
> *b) La contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho.*
>
> *c) Las negociaciones deben efectuarse necesariamente hasta el último día del mes de febrero. Si no se llegara a un acuerdo, las partes pueden utilizar mecanismos de conciliación hasta el 31 de marzo.*
>
> *d) Los acuerdos suscritos entre los representantes de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de vigencia no menor de dos (2) años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales.*
>
> *e) Los acuerdos y laudos arbitrales no son de aplicación a los funcionarios públicos, directivos públicos ni a los servidores de confianza. Es nulo e inaplicable todo pacto en contrario".*

4. Solución del conflicto por un tribunal arbitral

Se desprende del texto del inciso e) del artículo 44 de la LSC que la negociación colectiva puede terminar tanto por un acuerdo, derivado del trato directo, la mediación o la conciliación, así como consecuencia de un laudo arbitral cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo entre ellas.

El tribunal arbitral deberá expedir su laudo sobre la base de la la información y documentos que obran en el expediente que se pone a su consideración y teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por las normas presupuestales.

El penúltimo párrafo del artículo 44 establece para el ejercicio del cargo de árbitro la prohibición siguiente: *"Están prohibidos de representar intereses contrarios a los del Estado en procesos arbitrales referidos a la materia de la presente ley o en los casos previstos en el presente artículo quienes ejercen cargos de funcionarios o directivos públicos, incluso en los casos en que los mismos se realicen ad honorem o en órganos colegiados. Esta prohibición también alcanza a cualquiera que ejerza como árbitro o conciliador".*

VIII. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Sobre la manera de definir la huelga, existen en la doctrina dos corrientes, la doctrina clásica, que es la que recoge nuestro sistema en donde se concibe a la huelga como la suspensión colectiva, mayoritaria, voluntaria y pacífica de las labores con abandono del centro de trabajo y la otra doctrina denominada "dinámica" en donde la huelga es concebida como la perturbación en la manera habitual de cumplir con la prestaciones laborales.

En las líneas siguientes presentamos algunas definiciones de huelga para luego formular la nuestra:

Para De Diego la huelga "(...) *es la abstención colectiva y concertada del deber de trabajar promovida por un sindicato con personería y fundada en una causa laboral de naturaleza colectiva*"(14)

El TUOLRCT en su artículo 72 define la huelga en los términos siguientes:

> *"Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo".*

El Tribunal Constitucional sobre la definición de la huelga nos dice lo siguiente:

> "*Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al Sector Público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo*"(15).

Si llevamos las definiciones anteriores al ámbito del régimen laboral público, podemos definirla como una medida colectiva y concertada de los servidores públicos, consistente en la perturbación pacífica del funcionamiento de una entidad de la Administración Pública a través de la abstención de trabajar, con la finalidad de defender sus intereses de carácter laboral.

(14) DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 6ª edición actualizada. Edit. Abeledo Perrot, 2004, p. 769.

(15) STC Nº 008-2005-AI, f. 40.

El ejercicio del derecho de huelga por los servidores sujetos al régimen de la LSC se rige por el TUOLRCT en cuanto no se oponga a dicha norma de Derecho Laboral público.

Sobre la importancia del derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT en diversos pronunciamientos sostiene:

> *"5.20. El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.*
>
> *5.21. El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones sindicales en defensa de sus intereses económicos y sociales.*
>
> *5.23. El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales"*(16).

1. Limitaciones del ejercicio del derecho de huelga

El derecho de huelga no es un derecho absoluto, sino que tiene excepciones y límites, pues su ejercicio está condicionado a no afectar el interés público.

Sobre las limitaciones al derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, en diversos pronunciamientos ha sostenido:

> *"572. El reconocimiento del principio de la libertad sindical a los funcionarios públicos no implica necesariamente el derecho de huelga.*
>
> *573. El Comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan a acompañadas de ciertas garantías compensatorias.*

(16) COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT. *La libertad sindical*. 5ª edición revisada. 2006, p. 115.

574. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse en la función pública solo en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

575. Una definición demasiado detallada del concepto de funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores. La prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

576. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública solo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)"[17].

Por su parte el Tribunal Constitucional sobre las limitaciones al derecho de huelga de los servidores públicos nos dice lo siguiente:

"La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:

- *Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42 de la Constitución).*
- *Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución).*
- *Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153 de la Constitución).*

Debe anotarse que el inciso 3) del artículo 28 de la Constitución señala, por equivoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

(17) Ídem, p. 124.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales"(18).

2. Ejercicio del derecho de huelga

Para que los servidores públicos puedan recurrir al ejercicio del derecho de huelga es necesario que previamente cumplan ciertos requisitos formales previstos en la ley. Así, el inciso 45.1 del artículo 45 de la LSC exige que previamente se hayan agotado los mecanismos de negociación o mediación. La redacción de esta norma es deficiente; sin embargo, entendemos que cuando el legislador utiliza la palabra "negociación" quiere referirse al trato directo, y que omite hacer referencia a la conciliación, aunque es un medio de autocomposición de litigios de plena aplicación a los conflictos colectivos de trabajo como es la huelga.

El inciso 45.1 antes mencionado también establece para el ejercicio de la huelga el requisito siguiente: *"(…) los representantes del personal deben notificar a la entidad sobre el ejercicio del citado derecho con una anticipación no menor de quince (15) días".*

En el caso de que no se cumpla con los requisitos previstos en el inciso 45.1) (aunque la ley equivocadamente dice artículo) el ejercicio del derecho de huelga es ilegal.

3. La huelga en servicios públicos esenciales

Los servicios públicos esenciales pueden definirse como aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población.

Villegas opina que: *"La esencialidad del servicio está referida no a su importancia sino a su imprescindibilidad, y comprenden tanto al sector privado como al estatal, ya que el titular de la garantía del servicio no es el ente (privado o estatal) sino la comunidad"*(19).

(18) STC Exp. Nº 008-2005-AI/TC, f. 42.

(19) VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*. 9ª edición. Tomo 2. Relaciones Colectivas y Procesales. Edit. Legis, 2010, p. 172.

Por su parte, el Tribunal Constitucional al respecto nos dice: *"(…) por disposición de la ley los servicios esenciales constituyen uno de los límites del derecho de huelga"*[20].

La posibilidad de establecer restricciones o prohibiciones sobre la huelga en los servicios esenciales también es aceptada por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, el cual ha emitido algunos pronunciamientos entre los que cabe destacar los siguientes:

> *"581. Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.*
>
> *582. Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población".*

En nuestro derecho positivo, el artículo 83 del TUOLRCT enumera como servicios públicos esenciales los siguientes:

> *"Artículo 83.- Son servicios públicos esenciales:*
>
> *a) Los sanitarios y de salubridad.*
>
> *b) Los de limpieza y saneamiento.*
>
> *c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.*
>
> *d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.*
>
> *e) Los de establecimientos penales.*
>
> *f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.*
>
> *g) Los de transporte.*
>
> *h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.*

(20) STC Nº 02211-2009-PA/TC, f. 14.

i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.

j) Otros que sean determinados por Ley".

4. Funcionamiento de servicios esenciales durante la huelga

El artículo 45, inciso 45.2) establece con relación al funcionamiento de los servicios esenciales lo siguiente: *"El ejercicio del derecho de huelga permite a la entidad pública la contratación temporal y directa del personal necesario para garantizar la prestación de los servicios mínimos de los servicios esenciales y mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, desde el inicio de la huelga y hasta su efectiva culminación".*

Creemos que la redacción de este inciso es confusa, pues el legislador debió precisar qué se debe entender por "servicios esenciales" y qué por "servicios indispensables".

En todo caso, como el inciso 45.2) del artículo 45 permite a la entidad empleadora interrumpir el ejercicio del derecho de huelga de sus trabajadores, se debió establecer, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, que la contratación de trabajadores para reemplazar a los huelguistas solo sería posible:

"1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto del término en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales"[21].

IX. CONCLUSIONES

Primera.- La relación existente entre el servidor público con el Estado es de carácter laboral especial, pues la parte empleadora mantiene cierta supremacía, admitida por la ley sobre la parte trabajadora.

Esta supremacía del empleador solo encuentra justificación en la defensa del interés público, cualquier otra resulta ser arbitrariedad.

(21) STC Nº 00026-2007-PI/TC f. 21.

Segunda.- El derecho de sindicación, de acuerdo a la LSC solo comprende a los servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias; se encuentran excluidos los funcionarios públicos, los directivos públicos y los servidores de confianza.

Tercera.- El derecho de los servidores públicos sujetos al régimen de la LSC a la negociación colectiva no solo tiene respaldo en el Convenio N° 151 de la OIT, ratificado por el Perú, sino también en el artículo 42 de la Constitución del Estado de 1993, pues no se concibe el reconocimiento del derecho de sindicación sin el consecuente reconocimiento de su ejercicio a través del derecho a la negociación colectiva y la huelga.

Cuarta.- El derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva tiene respaldo constitucional, por lo tanto, el Estado a peruano está obligado a negociar con los sindicatos respectivos, bajo responsabilidad constitucional de los funcionarios que se nieguen a ello. Estas negociaciones deberán efectuarse respetando las limitaciones impuestas por la legislación presupuestal y las normas de orden público, pero sin llegar al extremo de vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva de servidores estatales.

Quinta.- La LSC debió regular la huelga de una manera amplia, no de la manera tan pobre como lo ha hecho, estableciendo normas sustantivas y procesales específicas, para su ejercicio en el Sector Público, a efectos de evitar, por un lado, su ejercicio abusivo; y por el otro, su negación como legítimo derecho de los trabajadores estatales.

X. BIBLIOGRAFÍA

- COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT. *La libertad sindical*. 5ª edición revisada, 2006.
- DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 6ª edición actualizada. Edit. Abeledo Perrot, 2004.
- ETALA, Carlos Alberto. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2001. 9ª edición, Edit. Legis, 2010.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenios y Recomendaciones internacionales 1919-1984*. 1ª edición, 1985.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho Sindical Español*, 2ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo 2, 9ª edición, Relaciones Colectivas y Procesales, Edit. LEGIS, 2010.

SUBCONTRATACIÓN Y SINDICATOS

RAÚL G. SACO BARRIOS[1]

Hoy día el hombre interviene en el proceso de la evolución, con un poder que no tenían los presocráticos, ni Aristóteles, ni los profetas de Oriente y de Occidente, ni Copérnico, ni Lutero, ni Descartes ni Maquiavelo. Por consiguiente, los juicios de valor deben dirigir el cambio tecnológico, porque sin estos el hombre se queda sin su humanidad y su necesidad de colaborar con la estructura del universo para darle significado, finalidad y dignidad a su existencia. No debemos perder el tiempo, ya que el cambio hoy día es más rápido que la existencia del hombre.

Ruth Nanda Anshen

En los veinticinco años de vida de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS)[2], han acontecido fenómenos y sucesos diversos que han afectado el Derecho del Trabajo; por ejemplo, el incremento del sector informal de la economía y el desarrollo de nuevas formas de organización del trabajo.

Las nuevas formas de organización del trabajo influyen sobre el movimiento sindical. Entre ellas, destaca la descentralización productiva o descentralización empresarial; y entre las distintas modalidades de esta, la subcontratación.

(1) Abogado. Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Academia de la Magistratura. Secretario de Biblioteca y Publicaciones de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. rgsaco@pucp.edu.pe

(2) La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social fue constituida por escritura pública el 11 de agosto de 1985, suscrita por Luis Aparicio Valdez, Mario Pasco Cosmópolis y Róger Zavaleta Cruzado.

En el corto espacio que suele asignarse a los colaboradores en obras colectivas –y la presente no es una excepción–, nos interesa referir muy brevemente algunas consideraciones generales acerca de las implicancias que tiene la subcontratación sobre el movimiento sindical. Particularmente, la subcontratación que se realiza mediante el desplazamiento de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas a los centros de trabajo o establecimientos de las empresas contratantes.

I. CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA

Subcontratación es el *"Contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera"*(3). O similarmente, la *"Operación mediante la cual un empresario, bajo su responsabilidad y control, encarga a otra persona la ejecución total o parcial de trabajos que se encuentran a su cargo"*(4).

Ligadas a la subcontratación, se utilizan las expresiones contrata(5) y contratista(6). También, subcontratista(7).

Surgen, entonces, determinadas relaciones de subcontratación(8). En tal entorno, la voz contratista alude al nexo entre dos empresas: una principal

(3) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición, Madrid, Espasa, 2001.

(4) LAROUSSE. *Diccionario Enciclopédico*. Ediciones Larousse, México, 2011.

(5) *"Contrato que se hace con el Gobierno, con una corporación o con un particular, para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados"* (*Diccionario de la lengua española*, cit.).

(6) *"Persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una corporación o para un particular"* (*Diccionario de la Lengua Española*, cit.).

(7) A decir de Mario Pasco Cosmópolis, *"La distinción entre contratistas y subcontratistas parecería un capricho semántico. Hay quienes sostienen que contratista solo puede ser el empleador 'principal', ya que celebra contrato con sus trabajadores, de lo que se colige que todo el que trabaja externamente sería subcontratista. En la otra ribera, hay quien sostiene exactamente lo contrario, al menos en apariencia: que el uso del prefijo 'sub' es inadecuado, porque 'lo que hay, simplemente, es una contratación'" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral"*. En: *Revista Jurídica Magistri et Doctores*. Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, año VIII, Nº 2, diciembre de 2002, pp. 270-271).

(8) Elmer Arce Ortiz anota: "*En estas relaciones [de subcontratación empresarial], una empresa A, a la que llamaremos principal, decide despreocuparse de una unidad de su ciclo productivo y encarga a otra empresa B, a la que llamaremos contratista, la realización de una labor o la producción de un bien. De este modo, A encarga a otra empresa (B) la realización de una actividad o la prestación de un servicio"* (ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores SAC, Lima, 2006, pp. 15-16). También: *"(...) la relación de encargo entre una empresa principal y una contratista, que subyace a toda subcontratación de servicios o*

que recibe una obra o ciertos bienes o servicios, y otra secundaria o circundante que la desarrolla o los produce o presta; al tiempo que subcontratista es quien se relaciona con un contratista para ejecutar parte de las labores que a este conciernen respecto a la empresa principal[9].

Por la subcontratación, pues, una empresa contrata con otra la ejecución de determinadas actividades realizables para el desenvolvimiento de la operación empresarial. A aquella, se la puede denominar 'empresa principal'; a esta, 'empresa contratista' o simplemente 'contratista'. Para el desempeño de tales actividades, el contratista debe recurrir a su propia organización empresarial, efectuarlas con autonomía y por su cuenta y riesgo, responder por los resultados y valerse de sus propios trabajadores –a quienes dirige–, con sus equipos y demás infraestructura[10].

El contratista puede realizar las actividades contratadas en sus propias instalaciones. En tal caso, el contratista es un proveedor más de la empresa principal. Por eso mismo, tal situación no despierta mayor interés.

Sin embargo, el contratista podría realizar las actividades contratadas con el desplazamiento de sus propios trabajadores a los centros de trabajo o establecimientos de la empresa principal. Tal situación sí acarrea importantes consecuencias, de singular interés en el ámbito del Derecho del Trabajo, en general, y de las relaciones laborales, en particular.

---

actividades, se sustenta en un contrato de naturaleza civil o mercantil cuyo fundamento último se halla en la libertad de empresa (…). Lo que le ofrece la contratista a la empresa principal o usuaria son servicios prestados con sus propios trabajadores y sus propios medios de producción. La colaboración consiste en ocuparse de un servicio o una fase del proceso productivo de la empresa usuaria o principal" (ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra Editores SAC, Lima, 2013, p. 126).

(9) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 271.

(10) Al respecto, Pasco Cosmópolis apunta: *"Contratistas y subcontratistas rinden un servicio especializado y hasta sofisticado: no se limitan a proveer personal ni a supervisar de modo general la prestación del servicio, sino que asumen responsabilidad por el resultado, para lo cual tienen que aportar dirección técnica, equipos y bienes materiales"* (loc. cit.). Y Arce Ortiz escribe: *"Para que la contratista brinde un servicio a la empresa usuaria dentro de los márgenes legales, y no se confunda con una cesión ilícita de mano de obra, aquélla deberá acreditar que tiene una organización empresarial real. Esto es, que cuenta con medios materiales y personales para cumplir con el servicio a favor de la empresa usuaria"* (ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual* … Ob. cit., p. 126, nota 150). A su vez, el artículo 2 de la Ley Nº 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece: *"Definición. Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores"*.

Desde nuestro punto de vista, tan especial situación ocasiona:

- Determinar quién es el verdadero empleador de los trabajadores desplazados. Esto para evitar situaciones de simulación o fraude y el no pago o disminución de las remuneraciones y beneficios económicos o sociales de aquellos(11).

- Establecer qué tipo de actividades pueden ser subcontratadas: ¿pueden subcontratarse cualesquiera actividades de la empresa principal o esta debe reservarse necesariamente la ejecución de las actividades consustanciales o propias al giro del negocio? En similar contexto, ¿pueden subcontratarse todas las actividades de la empresa principal? Además, ¿cuánto tiempo puede durar la subcontratación?

- Fijar las responsabilidades imputables a la empresa principal y a las empresas contratistas respecto a los trabajadores de estas, en caso de incumplimiento de pago de remuneraciones y beneficios económicos o sociales, en caso de otorgamiento de condiciones de trabajo o en caso de ocurrencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

- Aclarar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas contratistas. Por cuanto concierne al punto aquí tratado, esclarecer el ejercicio de la libertad sindical.

II. CAUSAS DE LA SUBCONTRATACIÓN

Muy diversas causas originan la subcontratación.

Cuando menos, la subcontratación responde: a) a un cambio drástico en el modelo técnico-productivo (de la producción estandarizada y en serie se ha pasado a una producción flexible y a pedido), determinante de una separación entre funciones complejas (que acarrean la estabilidad, capacitación

(11) Plá Rodríguez alude a la "artificiosidad" del progresivo avance de la tercerización "impulsada por el propósito patronal de abatir costos y de eludir responsabilidades" (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo." En: AMEGLIO, Eduardo (Compilador), *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 11). Al respecto, él alude a las formas "patológicas" –que "buscan eludir responsabilidades y bajar costos" por razones de índole laboral u organizativas, de carácter tributario o relacionadas con la seguridad social; que "solo se explican por el deseo de obtener ventajas o conveniencias"– y "ficticias" –en las que "lo que se busca a través del fraude o la maniobra, es eludir obligaciones"– de descentralización (ibídem, p. 17).

y polivalencia de quienes las ejecutan) y simples (que implican inestabilidad y baja calificación para quienes las realizan) en los procesos de trabajo y que atestigua la preferencia de las empresas por la especialización en actividades consideradas "estratégicas" o fundamentales para el negocio y la "externalización" de actividades "periféricas" o no directamente relacionadas con el núcleo central de este; b) a un cambio en la manera de organización del quehacer empresarial (existen hoy grupos de empresas integrados por firmas de distintas denominaciones o razones sociales); y c) a la desregulación de las relaciones de trabajo, en procura de una eliminación de "tiempos muertos" orientada a una reducción de costos laborales en fuerza de contar solo con los trabajadores requeridos en un momento y lugar dados(12).

Américo Plá Rodríguez sintetiza las causas del fenómeno: a) causas económicas, *"que provienen de la globalización que lleva a extremar la competitividad dentro de un ánimo de incertidumbre"* –esta competitividad "*no se limita a buscar la reducción de los costos sino también a procurar la producción adecuada en el momento oportuno", "just in time"*–; b) causas tecnológicas, *"porque el progreso técnico ha sido tan rico e importante que permite una producción más rápida y ajustada a los tamaños necesarios"* –"*Cada empresa en cada momento necesita hacer lo que le piden. Y para eso tienen que recurrir no solo a su instrumental y sus medios de producción, sino también a los de los colegas y colaboradores, que contribuyen con sus métodos, sus procedimientos, su personal especializado. En este campo tecnológico ha sido importantísimo el desarrollo informático que ha permitido no solo la transmisión instantánea de las informaciones y los conocimientos, sino también el planeamiento y la realización de diversas formas de colaboración y de acumulación de los esfuerzos de muchos empresarios de diversas ramas y tamaños"*–; c) factores organizativos –*"han empezado a valorarse las empresas medianas y pequeñas que han demostrado ser mucho más rápidas, ágiles y adaptables en múltiples ocasiones que las grandes empresas. Ello supone la múltiple colaboración de diversas empresas que con menos personal y un programa de acción más especializado, pueden actuar con mayor oportunidad y eficacia. Por eso, en esta época, la descentralización se ve facilitada y estimulada por la presencia de múltiples empresas que cada una en su esfera, puede contribuir a fomentar y potenciar el proceso. La experiencia ha demostrado que las unidades más pequeñas pueden ser más adecuadas para las múltiples conexiones y formas de cooperación"*–; y d) razones de orden laboral, dado que todo este proceso *"ha coincidido con*

(12) Cfr. ECHEVERRÍA, Magdalena. "Riesgos de los trabajadores subcontratados". En: *Quinto Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo. Dimensiones sociales de la globalización. Relaciones de Trabajo y Protección Social en los Procesos de Integración.* Tratados de Libre Comercio y el APEC, Emilio Morgado Valenzuela (editor), Santiago, 2005, pp. 114-115.

un período de alta desocupación y de debilitamiento sindical" –no ha encontrado resistencia– y *"es contemporáneo con el impulso flexibilizador que ha sido empujado por la mentalidad neo-liberal"*[13].

La subcontratación es, pues, un medio útil para una gestión empresarial eficiente y racional.

Ello no obstante y al margen del móvil que pueda impulsar al empleador a utilizarla, la subcontratación implica per se resultados perniciosos para el sindicalismo[14]. En efecto, la subcontratación produce principalmente una especie de diáspora laboral: los trabajadores no aparecen incluidos en la nómina de la empresa principal sino repartidos en las de múltiples empresas contratistas y subcontratistas[15]. No es este el mejor ambiente para la constitución, organización y desenvolvimiento de organizaciones sindicales.

Por eso mismo, no debe suponerse a priori que toda subcontratación esconde siempre un acto o práctica antisindical[16] del empleador[17]. Claro que en ocasiones la subcontratación puede provenir de algún interés empresarial o de la inclinación de ciertos empleadores –y hasta de determinado sector de trabajadores[18]– por desarticular el movimiento sindical o, al me-

(13) Plá Rodríguez, Américo. Ob. cit., pp. 18-19.

(14) Cfr. UGAZ OLIVARES, Mauro. "La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación". En: *Laborem*. Nº 8, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2008, p. 339

(15) A decir de Mauro Ugaz Olivares, *"Quizá la consecuencia más perjudicial de la subcontratación sea la rebaja de la planilla en la empresa principal, lo que irremediablemente quiebra la expectativa de un movimiento sindical consolidado dentro de ella"* (loc. cit.).

(16) Acerca de la noción de acto antisindical o práctica antisindical, Óscar Ermida Uriarte explica que *"algunos de los actos antisindicales derivan de legislaciones o actos estatales o aun de climas políticos que coartan o limitan la libertad sindical, directa o indirectamente. Otros son el producto de prácticas desleales, de actos de injerencia o de discriminación en el empleo. Y consecuentemente, la protección contra los actos o prácticas antisindicales, incluye toda medida tendiente a evitar, reparar o sancionar cualquier acto que perjudique indebidamente al trabajador o a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la actividad sindical o a causa de ésta o que les niegue injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva"* (Ermida Uriarte, Óscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, pp. 18-19).

(17) Plá Rodríguez, tras referir las causas de la descentralización reseñadas, anota: *"Esto no quiere decir que todo este proceso descentralizador haya sido promovido con un propósito antilaboral"* (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., p. 19); y agrega: *"Más allá de que pueda haber estado en el ánimo de algún empleador debilitar al sindicato –o liberarse de él– el fenómeno es mucho más complejo como para condenarlo globalmente"* (ibídem, p. 21). Ugaz Olivares apunta que la presencia de la subcontratación *"no responde siempre a una intencionalidad nociva para los trabajadores"*. (UGAZ OLIVARES, Mauro, loc. cit.).

(18) Magdalena Echeverría relieva que *"La subcontratación produce una dualización entre los [trabajadores] 'internos' y los 'externos'. Los primeros son beneficiarios de la nueva cultura organizacional y los segundos siguen en el marco de la empresa clásica taylorista: tradicional, jerárquica y autoritaria. Pero de todas formas los segundos son una amenaza para los primeros si sus demandas se*

nos, por evitar o entorpecer el ejercicio de la libertad sindical con vistas a impedir o dificultar o reducir, tanto como sea posible, la constitución de cualesquiera organizaciones sindicales, la negociación colectiva en todo nivel y los conflictos de trabajo. En rigor, el uso de la subcontratación con fines antisindicales es groseramente desviado y perverso. Como tal, debe ser rechazado, resarcido y penado(19).

Así planteadas las cosas, nos preguntamos ahora si debe permitirse la sindicación de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas. De ser la respuesta afirmativa, concierne referir las soluciones pertinentes.

Como indica Plá Rodríguez, la descentralización acredita un serio inconveniente en el ámbito del Derecho Colectivo del Trabajo. En efecto, *"no es pensable la sindicalización de trabajadores convertidos en titulares de empresas unipersonales o distribuidos en numerosas pequeñas empresas. No es posible tampoco la negociación colectiva por rama, su propia dispersión física en locales distintos y pequeños –a veces en el propio domicilio– constituyen una forma de debilitamiento para cualquier eventual negociación posterior"*(20).

Con relación a los problemas que plantea la tercerización al movimiento sindical, Óscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo refieren la desprotección de los trabajadores tercerizados (en cuanto a las condiciones de empleo y remuneración, en lo que respecta a la estabilidad laboral, en materia de salud

pasan de límites aceptables" (ECHEVERRÍA, Magdalena. Ob. cit., p. 115).

(19) En el Perú, el artículo 4 del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), dispone: *"El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen"*. Con arreglo al artículo 29, inciso a del texto único ordenado del decreto legislativo 728 (aprobado mediante el decreto supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997), Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), es nulo el despido que tenga por motivo *"La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales"*. Según los artículos 31 y 39 de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), y 25 de su Reglamento (aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 19-2006-TR del 28 de octubre de 2006), la afectación de la libertad sindical constituye una infracción administrativa muy grave sancionable con multa. Sobre la violación de la libertad de trabajo, el artículo 168, inciso 1 del Código Penal ordena: *"Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a (...) integrar o no un sindicato"*.

(20) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 20. Sobre el impacto de la subcontratación en la libertad de sindicación de los trabajadores de una empresa contratista, concretamente, Luciana Guerra Rodríguez señala: *"Los trabajadores de las contratistas enfrentan serias dificultades para organizarse colectivamente, pues en atención a la contratación temporal y a las condiciones precarias en las que generalmente prestan servicios, se encuentran sujetos a una alta rotación y dispersos en distintas empresas principales, siendo poco probable que exista entre ellos la comunidad de intereses necesaria para que decidan construir un sindicato"* (GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación en las relaciones colectivas de trabajo". En: *Laborem*. Nº 12. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, p. 120).

y seguridad e higiene, en materia de seguridad social y en cuanto al derecho de sindicación)[21] y las dificultades específicas del movimiento sindical[22]. A propósito de la desprotección de los trabajadores tercerizados en cuanto al derecho de sindicación, afirman que estos *"En ocasiones han tratado de constituir sindicatos propios sufriendo, en muchos casos, una aguda represión, sobre todo en aquellas áreas de actividad donde pueden ser fácilmente sustituidos por otros trabajadores. La posibilidad de integrarse a los sindicatos que nuclean a los trabajadores permanentes, 'titulares' o de la empresa principal, puede enfrentar diverso tipo de dificultades, según el país, el sector de actividad y la empresa en cuestión"*[23]. Por cuanto atañe a las dificultades específicas del movimiento sindical, sostienen que *"Ante la referida desprotección del trabajador tercerizado, la acción sindical no siempre resulta exitosa, enfrentando distintas dificultades para cumplir adecuadamente su función de autotutela, protección colectiva o contrapoder. Hay, en primer lugar, un problema de estructura sindical (…). Paralelamente, no siempre –y esto al margen de la estructura del sindicato– hay una verdadera solidaridad entre los trabajadores 'centrales', y los tercerizados (…). Por lo demás y en un enfoque más 'macro', parece claro que la tercerización contribuye muchísimo a la segmentación de la fuerza de trabajo en su conjunto y por consecuencia, termina debilitando el poder sindical, que sigue reposando, entre otros factores, en la unidad y el número"*[24].

III. ¿DEBE PERMITIRSE LA SINDICACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS?

En primer lugar y según reconocen muy diversas disposiciones de la máxima jerarquía normativa[25], recordemos que la libertad sindical es un derecho fundamental.

(21) ERMIDA URIARTE, Óscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. OIT, Proyecto FSAL, Lima, 2009, pp. 69-73.

(22) Ibídem, pp. 73-74.

(23) Ibídem, p. 73.

(24) Ibídem, pp. 73-74.

(25) Al respecto y entre otros, puede verse: CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT). Programa Laboral de Desarrollo (Plades) – Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007. ERMIDA URIARTE, Óscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985, pp. 11-22. RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, J. Hugo. *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos, Centro de Asesoría Legal CEAL*, Lima, 1989, p. 20 y ss. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010, pp. 64-74.

En segundo lugar, importa, especialmente, tomar en cuenta el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) –adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 9 de julio de 1948–[26], que tiene el estatus de convenio fundamental según la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (adoptada por la 86 Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998). El artículo 2 de este convenio establece: *"Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas"*.

El plano definido por ambas líneas directrices fija el área dentro de la cual debe absolverse la cuestión propuesta. En tal plano juegan, pues, las nuevas formas de organización empresarial: por una parte, los grupos de empresas; por otra parte, la descentralización productiva, en general, y la subcontratación, en particular.

Ciertamente, ambos aspectos repercuten, a su vez, en la negociación colectiva –en los hechos, principal afán de las organizaciones sindicales– y en el (ejercicio del) derecho de huelga[27].

Sobre esta base, se ha dicho que *"hoy en día se ponen en tela de juicio las fronteras de la firma por arriba y por abajo. Por arriba de la empresa, algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, reconocen actualmente la negociación de grupo. (…) Por abajo de la empresa, la descentralización de la producción impulsa un segundo cauce, todavía muy poco explorado, que es la negociación de sitio interempresas o la negociación territorial en el caso de las redes de empresas. Debe señalarse que, en los Estados Unidos, la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB) resolvió, en una decisión muy comentada, que los asalariados de la empresa dominante y los 'de agencia' que trabajaban en su seno constituían una unidad de negociación aunque hubiera varios empleadores. En Francia, la negociación de este tipo no existe, pero hay ejemplos de ella en diversos países, y muchos autores defienden que es necesaria"*[28].

(26) Este convenio ha sido aprobado por el Perú mediante la Resolución Legislativa Nº 13284 del 15 de diciembre de 1959.

(27) Al respecto, puede verse: GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. *El impacto de la subcontratación*…, cit., pp. 114-123. También, con mayor amplitud: GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo y en los equilibrios constitucionales: análisis y propuestas". Tesis (Lic.), Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, 2013.

(28) MORIN, Marie-Laure. "El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa". En: *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 1 vol. 124, Ginebra, 2005, pp. 17-18.

En países como el nuestro, la sindicación –y, por tanto, la negociación colectiva– se realizan preferentemente por y a nivel de empresa.

Ahora bien, *"los procesos de tercerización dejan a los trabajadores afectados fuera de la empresa y consecuentemente fuera del sindicato, cuando este tiene esa estructura. Y esa es la estructura sindical predominante en América Latina. Consecuentemente, la mayor parte de nuestros sindicatos, simplemente carecen de representación jurídica de los trabajadores 'externos', en función de la legislación nacional o de su propia dimensión. La poca implantación de la sindicalización centralizada por rama de actividad en nuestros países –que es la otra cara del mismo fenómeno– hace que sea escasa la posibilidad que esa sea una alternativa de representación de los trabajadores tercerizados"*(29).

Los trabajadores de las empresas contratistas podrían, pues, tratar de constituir un sindicato con la idea de mejorar sus remuneraciones y condiciones de trabajo(30). Sin embargo, tal sindicación sería acaso ineficaz debido a que dichos trabajadores se desenvuelven en el hábitat empresarial de la empresa principal.

De pretender ellos alguna reclamación de carácter colectivo contra el empresario principal, este puede oponerse sobre la base de una argumentación estrictamente formal: el sindicato agrupa a los trabajadores de una empresa distinta a la empresa principal.

Además, la legislación peruana no prevé expresamente la constitución de sindicatos de trabajadores de empresas contratistas que laboren para una misma empresa principal. Quizás podrían ellos constituir un sindicato por rama de actividad(31) pero tropezarían siempre con obstáculos formales: no todos

(29) ERMIDA URIARTE, Óscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 74.

(30) *"De todos modos y desde cierto punto de vista, parece poco probable la constitución de un tal 'sindicato de empresa': debido al carácter temporal de los contratos de trabajo celebrados entre las empresas contratistas y los trabajadores de esta desplazados a la empresa principal y, como consecuencia de tal circunstancia, a la consecuente elevada rotación de estos"* (cfr. GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana. "El impacto de la subcontratación…", cit., p. 120).

(31) Cfr. UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 335. Sobre el tema, Guerra Rodríguez escribe: *"Respecto a la posibilidad de constituir un sindicato de actividad, que agrupe a trabajadores de diversas profesiones que prestan servicios en distintas contratistas, es pertinente poner de manifiesto que tampoco podrían hacer llegar sus reclamos a la empresa principal, en tanto esta última pertenecería a una rama distinta a la de las contratistas. Sobre el particular, consideramos que no debemos enfocar el asunto desde una perspectiva formal, sino más bien a través de un punto de vista que atienda a lo que ocurre en el plano de la realidad, donde la ubicación en determinada rama dependa del lugar en el que cada trabajador presta efectivamente sus servicios, y no de lo que se desprenda de la escritura pública de constitución de las empresas. Es importante recalcar que, para que un sindicato de rama, conformado por los trabajadores de las contratistas, pueda oponer sus reclamos a la empresa usuaria será necesario que congregue trabajadores que mantengan una relación formal con esta última, toda vez que en función de ello es que esta se encontrará obligada*

los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas desempeñan las mismas actividades.

Por otro lado, cualesquiera argumentaciones y consideraciones legalistas formuladas por gremios empresariales o empresarios específicos, la Autoridad Administrativa de Trabajo o la Justicia de Trabajo podrían impedir la sindicación de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en un nivel diferente de aquellos establecidos expresamente por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Sin embargo, cualesquiera argumentaciones o consideraciones semejantes carecen de asidero: la libertad sindical constituye un derecho fundamental. Además, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) determina que *"los trabajadores pueden constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes"*.

IV. SOLUCIONES POSIBLES

¿Qué soluciones pueden plantearse para enfrentar circunstancias semejantes?

El Derecho del Trabajo plantea soluciones diversas.

Ermida Uriarte y Colotuzzo proponen las posibilidades siguientes: la constitución de sindicatos *"cuya afiliación quede restringida únicamente a aquellos que laboren bajo regímenes de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra"*; la constitución de sindicatos o la integración *"a los ya existentes conjuntamente con los trabajadores 'internos' o permanentes, los que sí son alcanzados por el estatuto protector del Derecho del trabajo"*; y la apertura de *"un espacio para la reflexión sobre la necesidad o conveniencia de evolucionar a una estructura sindical y negocial centralizada, por rama de actividad"*[32].

Autores nacionales consideran, entre otras, la sindicación conjunta (atinente a la sindicación de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas al lado de los trabajadores de una o varias empresas principales), la

a negociar. Sin embargo, el problema está en que la empresa usuaria podrá eximirse de cumplir el convenio colectivo respecto de aquellos que no figuran formalmente como sus trabajadores". (GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. Loc. cit.).

(32) ERMIDA URIARTE, Óscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 78.

constitución de sindicatos de contratas y subcontratas, la instauración de secciones sindicales (de las organizaciones sindicales aglutinantes de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que presten servicios en la empresa principal), el otorgamiento de la representación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas en favor de (alguno de) los sindicatos de la empresa principal y la pervivencia de la representación sindical en caso de producirse la sucesión de las empresas contratistas y subcontratistas[33]. También, la constitución de una organización sindical de rama de actividad, la constitución de una federación y la ampliación del contenido de la negociación colectiva (con miras a pactar convenios colectivos reguladores de las condiciones en las que operaría la subcontratación)[34].

A continuación, presentamos por separado cada una de las soluciones indicadas.

- **Sindicación conjunta**

  La sindicación conjunta atañe a la sindicación de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas junto a los trabajadores de una o varias empresas principales.

  En el primer caso –sindicación conjunta respecto a una empresa principal–, la sindicación conjunta deriva de la afiliación directa de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas a alguno de los sindicatos de la empresa principal. Surge, así, una suerte de organización sindical 'supraempresarial'[35]. Como consecuencia de dicha afiliación, estos asumen naturalmente la representación de los trabajadores de aquellas y la defensa de sus derechos e intereses.

  En el segundo caso –sindicación conjunta respecto a varias empresas principales–, la sindicación conjunta corresponde a la afiliación de trabajadores que comparten el cumplimiento de faenas en beneficio de empresas principales[36] aunque ellos no presten servicios en más de un centro de trabajo o establecimiento de estas ni todos tengan formal y

(33) Cfr. UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., pp. 332-339.

(34) GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación…", cit., pp. 130-133.

(35) Ibídem, p. 131.

(36) Según expone Ugaz Olivares, el punto para la sindicación en tal escenario *"no es la realización de una actividad similar por parte de los afiliados (sindicato de gremio), como tampoco que los empleadores realicen operaciones afines (sindicato de actividad). El interés común a los afiliados es, más bien, la ejecución de tareas*" en favor de varias empresas principales (UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 338).

directamente un vínculo laboral con alguna de ellas. En concreto, refiere a los sindicatos que asocian a los trabajadores de dos o más empresas principales con los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas que brindan servicios a aquellas.

En rigor, la clase de relación jurídica que tengan los trabajadores con las empresas (principal o principales, contratistas y subcontratistas) nada tiene que ver con el ejercicio de la libertad sindical.

Esta medida parece precisar la satisfacción de, al menos, uno de dos requisitos: en primer lugar, el estatuto de la organización sindical pertinente debe autorizar –o no impedir– la afiliación de trabajadores que no pertenezcan formalmente a una empresa principal; en segundo lugar, la legislación debe consentir –o no prohibir– tal afiliación(37).

Debiera fomentarse –creemos– una actitud favorable hacia este tipo de sindicación conjunta. Inclusiva de un mayor número de trabajadores, resulta propicia para el desenvolvimiento del movimiento sindical.

- **Sindicato de contratas y subcontratas**

Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que presten servicios para una cierta empresa principal podrían constituir un único sindicato que los represente. En otras palabras, todos ellos integrarían una sola organización sindical que sería su representante e interlocutora válida ante la empresa principal y los respectivos empleadores de aquellos (empresas contratistas y subcontratistas).

El sindicato de contratas y subcontratas podría constituirse en atención a una zona geográfica específica o a un centro de trabajo o establecimiento determinado. Cuando instituido respecto a los centros de trabajo o establecimientos de la empresa principal, el sindicato de contratas y subcontratas debiera agrupar solo a los trabajadores de aquellas y estas que presten servicios en ellos(38).

(37) La prohibición legal de la afiliación de los trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas que no pertenezcan formalmente a una empresa principal contravendría manifiesta y gravemente la disposición contenida en el artículo 2 del convenio 87 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación: "*Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas*".

(38) Como afirma Ugaz Olivares, *"los trabajadores de las contratas que no son destacados al centro de trabajo de la principal no tienen la necesidad de afiliarse a este organismo debido a que no mantienen ningún tipo de relación fáctica con la empresa principal. Precisamente, lo que se busca*

Este recurso impide una mayor dispersión sindical (a la que de por sí pueda ya existir debido a una usual sindicación por empresa). Asimismo, permite a los actores involucrados –empresa principal, contratistas y subcontratistas– y trabajadores de todas y cada una de tales empresas una mejor organización y una más eficiente coordinación de intereses, que acaso promoverían más fácilmente el acuerdo de soluciones negociadas propias a la realidad de cada entorno laboral.

- **Secciones sindicales**

  Los trabajadores afiliados a organizaciones sindicales de ámbito nacional, regional o local pueden constituir secciones sindicales en los centros de trabajo o establecimientos en los que ellos laboran(39). Estas secciones sindicales son, entonces, una suerte de agencias o sucursales de la organización sindical de la cual dependen.

  Así, pues, los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas podrían instaurar –en los centros de trabajo o establecimientos de la empresa principal– secciones sindicales de las respectivas organizaciones sindicales a las que estén afiliados(40).

  Este remedio, sin embargo, requiere la preexistencia de uno o más sindicatos en las empresas contratistas o subcontratistas y faculta y acentúa aún más la fragmentación sindical. En consecuencia, perjudica notoriamente una cabal representación de los trabajadores involucrados y el buen desempeño de cualesquiera actividades gremiales relacionadas

a través de este organismo es interactuar con la principal ya que los trabajadores brindan servicios en su centro de trabajo y podrían pretender obtener ciertas condiciones más favorables en el desarrollo de su labor" (UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 335).

(39) En el Perú, el artículo 7 de la LRCT prescribe: *"Los sindicatos se pueden organizar con alcance local, regional o nacional. En tales casos, para el cumplimiento de sus fines al interior de la empresa, podrán constituir una 'sección sindical'"*; y los artículos 9, 10 y 11 del decreto supremo 11-92-TR del 14 de octubre de 1992, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulan la constitución de las secciones sindicales, sus relaciones con el sindicato, la elección de delegados representantes, su unicidad y la aplicación supletoria (respecto a ellas) de los propios LRCT y Reglamento.

(40) Al respecto, Ugaz Olivares anota que *"será totalmente válida la constitución de una sección que tenga por objeto sensibilizar al ente gremial de grado superior de las vicisitudes de las tareas afrontadas en el centro de trabajo de la empresa principal. Quizá la sección no mantenga con la empresa principal una interacción intensa o constante pero sí con el órgano gremial que permitió su configuración, motivo por el cual su principal papel será estar atenta a las necesidades que requieran satisfacer los afiliados en el desarrollo de sus actividades. Ahora bien, para que las secciones sindicales puedan tener una actividad realmente relevante es necesario que la empresa principal le otorgue una serie de facilidades que [le] permitan ejecutar sus propósitos. De ese modo, se podría facilitar el uso del local de la [empresa] principal, del periódico mural, acceso a internet y al correo electrónico, etc."* (UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 336).

con la empresa principal. En efecto, podría haber tantas secciones sindicales como sindicatos existan en las empresas contratistas y subcontratistas contratadas por la empresa principal: sin relación alguna entre sí y cada cual con sus propios afanes y tendencias.

Otorgamiento de representación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas en favor de (alguno de) los sindicatos de la empresa principal.

Los sindicatos de la empresa principal podrían ejercer la representación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que presten servicios en los centros de trabajo o establecimientos de la empresa principal: sea porque estos la han otorgado voluntariamente en favor de aquéllos, sea porque la legislación la atribuye o impone.

Ciertamente, los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que presten servicios en los centros de trabajo o establecimientos de la empresa principal pueden conferir representación en favor de los sindicatos de la empresa principal(41). La representación provendría de la sola voluntad de aquellos, quienes la declararían por medio de cualquiera de las formas aceptadas por la legislación pertinente.

A falta de alguna organización sindical que los una y represente, la legislación podría también atribuir o imponer tal representación en favor de los sindicatos de la empresa principal(42).

En todo este contexto, son imprescindibles la existencia previa de uno o más sindicatos en la empresa principal y una ajustada cooperación de estos con los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas; y corresponderá a los sindicatos de la empresa principal la defensa de las reivindicaciones de estos trabajadores relacionadas con las peculiaridades de las tareas que desempeñan en el centro de trabajo o establecimientos de aquella(43).

(41) En nuestro país y desde nuestro punto de vista, avalan esta representación: el artículo 8 inciso f de la LRCT (*"Son fines y funciones de las organizaciones sindicales: (…) En general, todos los que no estén reñidos con sus fines esenciales ni con las leyes"*) y los artículos 145 y siguientes (sobre la representación para la realización de actos jurídicos) del Código Civil. En el orden procesal y para las reclamaciones judiciales relativas a pretensiones por conflictos jurídicos, importan –respecto a la comparecencia al proceso– los artículos 8 y siguientes de la Ley Nº 26636, Ley Procesal del Trabajo; los artículos 8 y 9 de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; y los artículos 57 y siguientes del Código Procesal Civil.

(42) Cfr. UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 336.

(43) Ídem, p. 337.

En cualquier circunstancia, puede alegarse la inviabilidad de esta solución, *"ya que nuestro ordenamiento jurídico, si bien acoge la posibilidad de que un sindicato represente a personas no afiliadas a este, ello se permite en la medida que sean trabajadores de la empresa. De este modo, la principal podría negarse válidamente a la aplicación de esta medida, en tanto los trabajadores de la contratista tienen un empleador formal distinto (…). Por otro lado, nótese que la representación se daría respecto de las pretensiones referidas al específico centro de trabajo, pudiendo ello generar que el colectivo de trabajadores de las contratistas se segmente aún más, en atención a que puede que lleguen a prestar el mismo servicio sujetos a condiciones de trabajo diferenciadas. Ello en atención a que no todos los trabajadores de una empresa contratista son destacados a la misma empresa principal"*[44].

- **Pervivencia de la representación sindical en caso de producirse la sucesión de las empresas contratistas y subcontratistas**

  La fusión, traspaso, venta u otras situaciones similares acaecidas con las empresas contratistas y subcontratistas no deben generar el fin de la representación sindical concerniente a sus trabajadores[45].

  A nuestro juicio, tal argumento se apoya en el llamado principio de continuidad del Derecho del Trabajo[46] y contribuye a robustecer el sindicalismo al consentir la vigencia de la representación sindical cuando se produzca una sucesión o transmisión de empresas. Así, se *"impedirá la merma de la actividad sindical ya ganada y consolidada en la anterior contrata"*[47] o subcontrata.

- **Sindicato de rama de actividad**

  Puede constituirse un sindicato de rama de actividad que aglutine trabajadores que laboren para diferentes contratistas, pese a obstáculos formales impuestos por la legislación (vide *supra* III.).

(44) GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación…", cit., p. 132.

(45) Según Ugaz Olivares, esta posibilidad *"contiene dos situaciones: (i) el derecho del colectivo de trabajadores a no verse afectado por la transmisión [de empresas] y, por ende, a conservar las instituciones representativas; y (ii) el derecho de los representantes de los trabajadores a no perder sus potestades ni medidas de protección con ocasión de la transmisión"* (loc. cit.).

(46) La continuidad *"alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa. Y ésa es la idea central que se quiere evocar con este principio"* (PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 219).

(47) UGAZ OLIVARES, Mauro. Ob. cit., p. 338.

De todos modos, tal clase de organización sindical intensifica la separación habida entre los trabajadores de la empresa principal y los de la empresa prestadora de los servicios subcontratados, toda vez que no los reúne en un solo sindicato(48).

- **Constitución de una federación**

  Esta solución presupone la existencia de sindicatos en las empresas contratistas, los cuales podrían constituir una federación.

  De esta manera, no quedarían fuera de la organización sindical los trabajadores que no tienen a mano un sindicato al cual afiliarse, *"dado que se podría permitir la afiliación directa de estos a la federación"*(49).

- **Ampliación del contenido de la negociación colectiva**

  La ampliación del contenido de la negociación colectiva, con miras a pactar convenios colectivos reguladores de las condiciones en las que operaría la subcontratación, se soporta *"en la posibilidad que poseen las organizaciones sindicales de la empresa principal para definir el alcance de la negociación colectiva de manera conjunta con el empleador, pudiendo versar sobre la actuación de la empresa como sujeto económico"*(50).

Ello no obstante, las desventajas o imperfecciones de las soluciones reseñadas(51) no deben llevar a concluir la imposibilidad del real y efectivo ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

En verdad, el Derecho debe seguir las realidades sociales y adecuar las instituciones jurídicas a las nuevas figuras que traen las nuevas realidades económicas y empresariales.

(48) Cfr. GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación…", cit., p. 130.

(49) Ibídem, p. 131. En nuestro país, el artículo 36 de la LRCT determina: *"Para constituir una federación se requiere la unión de no menos de dos (2) sindicatos registrados de la misma actividad o clase. Para constituir una confederación se requiere la unión de no menos de dos (2) federaciones registradas"*.

(50) Ibídem, p. 132.

(51) "(…) en el fondo, toda estrategia organizativa tiene ventajas e inconvenientes, amén de dificultades diversas" (…) (ERMIDA URIARTE, Óscar y COLOTUZZO, Natalia, loc. cit). *"Queda en evidencia que el gran problema de las medidas sindicales para mitigar el impacto de la subcontratación es la barrera impuesta por el Estado: el privilegio de la negociación a nivel empresarial. Así, mientras el Estado no cumpla con su rol de fomento de este derecho fundamental, ninguna medida de acción sindical será efectiva para estos fines"* (GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación…", cit., p. 133).

En los hechos y en realidades extranjeras, existen ya casos de empresas principales que han negociado colectivamente con organizaciones sindicales de trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias.* Palestra Editores SAC, Lima, 2013.

- ARCE ORTIZ, Elmer, *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú.* Palestra Editores SAC, Lima, 2006.

- CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).* Programa Laboral de Desarrollo (Plades) – Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007.

- ECHEVERRÍA, Magdalena. "Riesgos de los trabajadores subcontratados". En: *Quinto Congreso Regional Americano de Relaciones de Trabajo. Dimensiones sociales de la globalización. Relaciones de Trabajo y Protección Social en los Procesos de Integración".* Tratados de Libre Comercio y el APEC, Emilio Morgado Valenzuela (editor), Santiago, 2005.

- ERMIDA URIARTE, Óscar. *La protección contra los actos antisindicales*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.

- ERMIDA URIARTE, Óscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985.

- ERMIDA URIARTE, Óscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. OIT, Proyecto FSAL, Lima, 2009.

- GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la subcontratación en las relaciones colectivas de trabajo". En: *Laborem* Nº 12. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013.

- GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana Carolina. "El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo y en los equilibrios constitucionales: análisis y propuestas". Tesis (Lic.), Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, 2013.

- LAROUSSE. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, Ediciones Larousse, México, 2011.

- MORIN, Marie-Laure. "El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa". En: *Revista Internacional del Trabajo* Nº 1, vol. 124, Ginebra, 2005.

- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "*Outsourcing*, subcontratación e intermediación laboral". En: *Revista Jurídica Magistri et Doctores*, año VIII, Nº 2. Unidad de Post

Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, diciembre de 2002.

- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo". En: AMEGLIO, Eduardo (Compilador), *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2000.

- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22ª. ed., Espasa, Madrid, 2001.

- RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, J. Hugo. *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos*. Centro de Asesoría Legal CEAL, Lima, 1989.

- UGAZ OLIVARES, Mauro. "La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación". En: *Laborem* Nº 8, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2008.

- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010.

DERECHO PROCESAL LABORAL

NUEVOS SISTEMAS PROCESALES DE TRABAJO EN AMÉRICA LATINA[1]

ADOLFO CIUDAD REYNAUD[2]

I. INTRODUCCIÓN[3]

Carnelutti hace un parangón muy interesante entre el proceso y el juego deportivo. Un rasgo común, dice, es que cada uno de ellos tiene sus reglas, pero que si las reglas no son justas, también los resultados del juego o del proceso corren el riesgo de no ser justos, lo cual, cuando se trata de un partido de fútbol o una pelea de boxeo, no debería significar una tragedia, pero cuando la apuesta es la propiedad o la libertad[4], se constituye en una amenaza para el mundo que tiene necesidad de paz. Pero, señala, la paz tiene necesidad de justicia, como el hombre de oxígeno para poder respirar. Así, las reglas del juego no tienen otra razón de ser que garantizar la victoria a quien la haya merecido[5].

(1) Este ensayo se basa en la relatoría que fue presentada por el autor en el Taller sobre Derecho Procesal del Trabajo, del XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santiago, 25-28 de setiembre de 2012).

(2) Profesor de Derecho Procesal del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeñó como Especialista Principal en Legislación Laboral, y Administración del Trabajo de la Oficina de la OIT. Para la elaboración de este ensayo se contó con la valiosa colaboración de Andrea Sánchez Matos.

(3) Algunos partes de este ensayo se basan en CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*. Parte I, OIT, Costa Rica, 2012.

(4) A los que ahora se cabría añadir los derechos humanos o derechos fundamentales en el trabajo.

(5) Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Monografías jurídicas. Temis, Bogotá, 2004, p. 5.

Ante este reto se encontró América Latina a inicios del siglo XXI, por lo que en diversos países se llevaron a cabo reformas procesales que tuvieron como objetivo central la reducción de la duración de los procesos: Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), Perú (2010) y Costa Rica (2012)[6]. En América Central, Nicaragua tiene aprobado su proyecto en primer debate en su Asamblea Legislativa;[7] en tanto que en El Salvador una comisión redactora de la Corte Suprema de Justicia finalizó la elaboración de un primer proyecto en junio de 2012 y en el momento se encuentran en la fase de incorporación de las observaciones de una amplia Comisión de Consulta de los interlocutores sociales. Mientras que en Honduras una comisión redactora de la Corte Suprema de Justicia está en la etapa de redacción de un anteproyecto de Código Procesal Laboral en consulta con una comisión con representantes de los interlocutores sociales y de la sociedad civil.

En el nuevo modelo de juicio, si bien destaca la oralidad, han sido varias otras instituciones procesales las que han sido abarcadas en la reforma: la estructura del proceso, el papel del juez como rector del proceso, la especialización de la justicia laboral, aspectos relativos a la prueba, la emisión de las sentencias, las instancias y recursos susceptibles de interponerse, el carácter de los procedimientos abreviados de menor cuantía entre los que destaca los procesos de instancia única y los procesos monitorios, los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales en el trabajo, los procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico, la intervención del sindicato en el proceso laboral, la necesaria especialización de los jueces, la ejecución de sentencias, el papel de la defensa jurídica gratuita para trabajadores de escasos recursos y la gratuidad del proceso. Por razones de espacio solo nos referiremos a algunas de ellas.

II. SISTEMA DE JUICIOS ORALES

La característica central de todas las reformas procesales, sin excepción, es la opción por el cambio del sistema de juicios escritos por el sistema de juicios orales, llamados también juicios por audiencias. Ese ha sido el rasgo más distintivo, el más publicitado, pero desde ya subrayamos que no ha sido el

(6) Ley de Reforma Procesal Laboral, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Expediente Nº 15.990, aprobada el 3 de setiembre de 2012.

(7) Código Procesal del Trabajo, Asamblea Nacional de Nicaragua, aprobado en lo general el 3 de mayo de 2012. Con posterioridad a la presentación de esta relatoría, el 29 de noviembre de 2012, en *La Gaceta* - Diario Oficial, se publicó la Ley 815, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua.

único, sino que ha estado acompañado de otras instituciones de enorme importancia reseñadas líneas arriba.

La oralidad, en su acepción plena, es la posibilidad que la parte demandante pueda alegar verbalmente cuanto precise para fundamentar su pretensión, y que la contestación a la demanda sea igualmente verbal, a continuación de la exposición del demandante en la audiencia de juicio, que se convierte en el acto central en torno al cual pivotan los demás actos procesales. Un debate oral implica una discusión verbal entendida como una concisa oposición de pretensiones, que puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor madurada al interior del juez que con solo la ayuda de los escritos(8). Esto significa la existencia de un intercambio dinámico de posiciones, por intermedio de la confrontación de argumentos entre las partes, los abogados, los peritos y el juez. Implica también la pregunta y repregunta entre las propias partes.

Otra consecuencia del principio de la oralidad es que las declaraciones de las partes y terceros que son emitidas dentro de las audiencias gozan de relevancia jurídica y serán elementos decisorios al momento de decidir sobre la controversia. En esa medida, no es imprescindible la presentación de escritos dentro del proceso, sino que estos se restringen a lo estrictamente necesario en la medida que se parte del supuesto que la audiencia oral es grabada íntegramente en vídeo y audio, la que se indexa para una fácil ubicación posterior de una parte determinada de esta.

Sobre la oralidad Pasco señala que *"el proceso oral es proclamado y reclamado por toda la doctrina procesal laboral, sin excepción. No hay un solo estudioso que se pronuncie a favor de la escrituración, y ese es un argumento importante"*(9). La oralidad, a su vez, es lo único que nos permite hacer realidad los demás principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, primacía de la realidad, entre otros.

En efecto, De la Villa, al referirse a los llamados "principios" del proceso social español, señala que *"conviene alterar el orden de enunciación del art. 74 LPL porque de todos los principios aludidos el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás"*(10). En ese mismo sentido se expresa la juris-

(8) Cfr. CHIOVENDA. *Principios del derecho procesal civil.* (Traducción J. Casais y Santaló). Reus, Madrid, 1922, p. 132.

(9) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Características del proceso laboral. La oralidad" En: *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aportes para la reforma del proceso laboral peruano.* SPDTSS, Lima, 2005, p. 52.

(10) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (director). *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia.* LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, junio 2006, p. 576.

prudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que precisa que *"Los principios invocados por el art. 74 LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud. 24 Abr. 1995 (R° 3156/94)"*[11].

Eso implica que la prueba se proponga, y en su caso, de ser pertinente, se admita también verbalmente durante la audiencia de juicio. En consecuencia, los litigantes deben acudir a dicha diligencia provistos de los medios de prueba de que intenten valerse, así como que la valoración de la prueba y las conclusiones definitivas de los litigantes, se expongan también verbalmente por estos, pudiendo variarse las iniciales expuestas a la luz de lo acontecido en la audiencia de juicio.

Todas las reformas procesales producidas en América Latina adoptan el principio de oralidad y disponen la actuación de las audiencias en forma oral. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en que por la cultura jurídica formalista y de escrituración prevaleciente entre jueces y justiciables, y en general en toda la comunidad jurídica latinoamericana, y por la falta de dotación de medios tecnológicos para la grabación de las audiencias en video y audio, la oralidad sucumba frente a la escritura como ha ocurrido en experiencias históricas latinoamericanas.

A esto se refiere Blanco cuando nos señala que en Colombia *"a pesar de haberse establecido en el artículo 42 del Código Procesal de Trabajo*[12] *que las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación se adelantarían en audiencia pública, en la práctica devino en un proceso 'dictado' donde el funcionario encargado de levantar el acta de audiencia, recogía lo manifestado por los apoderados de las partes y demás actuaciones cumplidas, y lo resuelto por el Juez, quedando trunco en esa forma el principio de oralidad, de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo (…) pero que, al no dotarse a los juzgados de los medios tecnológicos para romper con la práctica del 'dictado', no pudo ponerse en práctica tal principio*[13]". La práctica judicial de Honduras, cuyo código de trabajo tiene mucha influencia del Código de Colombia, ha "perfeccionado" la práctica del dictado con la incorporación de la informática, pues los litigantes acuden a las audiencias con un dis-

(11) Ibídem, p. 579.

(12) Vigente desde 1948 en virtud del Decreto Ley Nº 2158.

(13) BLANCO RIVERA, Oscar. "La jurisdicción del trabajo en Colombia. Anotaciones sobre la oralidad en el juicio del trabajo y la seguridad social". En: *Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, febrero 2012, pp. 187 y 188.

quete digital o unidad de memoria externa con sus argumentos y manifestaciones ya preparadas en forma escrita, y el secretario se limita a integrarlas en el acta, con lo que, una vez más, la escritura vence a la oralidad y el juez pierde la espontaneidad de la expresión verbal.

No basta, pues, la incorporación del principio de la oralidad, sino que se requiere un cambio de cultura jurídica de todos los operadores jurídicos, especialmente de jueces y abogados litigantes. Otras experiencias históricas demuestran lo mismo: los códigos de trabajo de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua, también incorporaron el principio de oralidad desde mediados del siglo pasado. No obstante, por la influencia civilista que siempre estuvo sujeta a un proceso formalista y rigorista de carácter patrimonial, propio del Derecho Civil, incidió en la manera en que los jueces de trabajo aplicaron la normativa procesal, a pesar de que fueron pioneros en la incorporación de los principios de oralidad e inmediación. Tal influencia civilista ocasionó que en tales países, en la práctica, el proceso laboral se haya escriturado, alejado de la oralidad y convertido en gran medida en una justicia laboral delegada en personal auxiliar, donde primó la falta de lealtad procesal y el abuso del proceso en perjuicio de los justiciables.

Otro ejemplo demostrativo de este problema son las normas procesales de algunos países como El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana, que establecen que la demanda y la contestación a la demanda pueden ser orales; en Costa Rica y Venezuela también está previsto que se pueda interponer la demanda en forma oral. A pesar de ello, esas disposiciones no se aplicaron y en la práctica judicial predominó la escritura. De igual forma, en Panamá el Código de Trabajo dispone que las actuaciones y diligencias judiciales y la substanciación del proceso se realicen oralmente en audiencia pública bajo pena de nulidad, salvo algunos casos exceptuados; pero a pesar de ello los juicios continuaron siendo escritos(14).

En todos estos casos, la inexistencia de grabaciones adecuadas y de jueces y litigantes apropiadamente entrenados para actuar en audiencias orales ha supuesto un serio inconveniente para la oralidad. Los testimonios son transcritos por un secretario judicial, así como la presentación de innumerables pruebas para su registro en extensas audiencias, lo que hace que el juez delegue su recepción, lo que frustra la esencia de la oralidad y también de la inmediación. Una excepción en Panamá es la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá que constituye un adecuado ejemplo de oralidad

(14) Véase, CIUDAD REYNAUD, Adolfo. Ob. cit., p. 62 y los trabajos de TORRES DE LEÓN, Vasco y HERRARA CARBUCCIA, Manuel Ramón, de la parte 2 de la misma obra.

procesal y de utilización adecuada de tecnología en su apoyo. Blanco nos da cuenta que en Colombia se está dando un fuerte impulso a la recuperación de la oralidad desde el 1 de julio de 2011, fecha a partir de la cual se encuentran en pleno funcionamiento un total de 36 juzgados laborales de oralidad en la ciudad de Bogotá dotados cada uno de salas de audiencias y equipos de grabación.(15) Guatemala también está en un proceso de recuperación de la oralidad que al igual que Colombia tuvo previsto este principio desde la promulgación de su Código de Trabajo en el año 1961, se han duplicado el número de juzgados en la capital y se han transformado juzgados mixtos en juzgados de trabajo en las principales ciudades del país, debidamente dotados de salas de audiencias y equipos de grabación. En Honduras y El Salvador también se están dotando a los juzgados con salas de audiencia y equipos de grabación con el objeto de implantar plenamente la oralidad(16).

Un caso especial es el de México, donde a pesar de la intenciones del legislador también se ha producido un abandono de la oralidad. En este país los conflictos laborales, individuales y colectivos, de naturaleza jurídica o económica se tramitan y resuelven a nivel jurisdiccional por autoridades de composición tripartita, en donde es la propia Constitución la que define la competencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje cuyo funcionamiento se detalla en la Ley Federal del Trabajo. No obstante, en lo que respecta a la oralidad, Kurczyn señala que si bien en teoría las citadas juntas representan un elemento de democracia por su composición, precisa que en la mayoría de los casos se ha convertido en un auténtico juicio tramitado en los mismos términos que un juicio ante autoridades jurisdiccionales del fuero civil y que la gestión procedimental se ha convertido más en forma escrita con el cuasi abandono de la oralidad(17).

III. ESTRUCTURA DEL PROCESO

La estructura o arquitectura del sistema de juicios orales y concentrados se diferencia del sistema de juicios escritos y desconcentrados en que mientras en el primero se tiende a una máxima concentración de los actos procesales en torno a la audiencia que actúa como pivote del proceso, en el segundo

(15) BLANCO RIVERA. Óscar. Ob. cit., p. 188.

(16) En Guatemala, Honduras y El Salvador se ha contado con la ayuda financiera de AID para la implementación de las salas de audiencia.

(17) KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. "Modelo procesal diferenciado y la defensa de los derechos humanos laborales". En: *Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley Nº 29497.* Ob. cit., p. 250.

se da una secuencia de actos procesales escritos desconectados uno del otro, y los pocos actos orales se producen ante auxiliares de justicia sin la presencia directa del juez.

1. Contestación a la demanda: ¿oral o escrita?

En torno a la estructura del proceso hay una primera opción de política legislativa para acentuar o no la oralidad, de alejarse de las formas escritas o mantenerlas en cierta medida. En efecto, el grado de oralidad tiene que ver en primer término con la decisión de instituir la contestación a la demanda, o bien oral, o bien escrita. En la reforma procesal en América Latina solo Nicaragua ha instituido en forma general la contestación a la demanda en forma verbal en la audiencia de juicio, especificándose para que no quede ninguna duda que *"En ningún caso se admitirá informe o contestación escrita a la demanda"*(18). No obstante, se faculta al demandado para presentar al juzgado antes de 10 días de celebración de la audiencia de juicio una memoria o resumen de la contestación a la demanda, que no lo exime de contestar verbalmente la demanda en la audiencia(19).

No obstante, no es el único caso; la legislación de Costa Rica en su normativa vigente aún antes de la reforma establece desde 1966 que en los juicios de menor cuantía la contestación a la demanda se efectúe en forma verbal(20). Lo mismo establece la reforma procesal de Chile para los juicios también de menor cuantía que se procesan a través del novedoso, al menos en el ámbito laboral latinoamericano, proceso monitorio en el que la contestación a la demanda se produce en forma oral en la audiencia(21). Como veremos más adelante, a través de esos procesos, en ambos casos, la cuantía es significativa por lo que se procesan casi el 50 % de los procesos laborales.

Al admitirse la contestación escrita como un acto procesal independiente y previo a la audiencia, el juez puede otorgarle mayor importancia de lo que se sustente verbalmente en el acto de juicio, pues tiene que tener presente al momento de sentenciar lo que por escrito se haya sostenido. Esto puede ocasionar que el demandado pierda interés en la audiencia de juicio pues ya esgrimió toda su defensa en la contestación escrita.

(18) Proyecto de Código Procesal de Trabajo de Nicaragua, art. 90.5.

(19) Ibídem, art. 82.1.

(20) Art. 464 del vigente Código de Trabajo, reformado por Ley Nº 3702 de 22 de junio de 1966.

(21) Art. 500 del Código del Trabajo de Chile.

El contacto personal y directo del juez con las partes puede verse atenuado por la contestación escrita. El juez puede verse tentado a confiar más en los actos escritos que en los orales, que son los que más pueden contribuir a desentrañar la verdad material, ya que en los actos escritos se pierden aquellos matices e imponderables del acto oral. Es que el acto oral, además de concentrar y dotar de celeridad al proceso, permite la comunicación presencial, e incluso gestual, que contribuye a que el juez se forme una convicción que no proviene de la documentación que se le proporciona, sino del debate oral entre los litigantes.

La contestación escrita previa a la audiencia podría atentar también contra del principio de concentración y el de la unidad de acto, pues crea una estación procesal más en lugar de concentrar todo en la audiencia de juicio, lo que tiende a alargar el proceso. Así concebida, la oralidad adquiere un sentido de inmediación. Significa que el juez debe obtener su información prioritariamente de los hechos que se le exponen verbalmente durante la audiencia del juicio.

Gómez de Liaño señala que la *"inmediación viene de* inmediatezza *que consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe resolver y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso"*.(22) En el mismo sentido De La Villa se refiere al principio de inmediación asignándole el significado de *"una relación directa entre la actividad presencial del juez, o de los miembros de la Sala y el dictado de la sentencia"*(23), lo que implica que los jueces que estén conociendo de una causa presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de sus dictámenes y cualquier otro acto de prueba que, (…) deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente(24), y estas sean valoradas a base de la impresión recibida.

Además, el sistema escrito y con varias estaciones procesales es más costoso, pensado para grandes empresas a pesar que en la mayoría de los países latinoamericanos del 70 % al 90 % son pequeños empresarios. El sistema escrito de juicios requiere la ineludible asistencia jurídica de abogados o profesionales del Derecho, capacitados para exponer de manera exhaustiva y completa

(22) Cfr. GOMEZ DE LIAÑO, Fernando. *Derecho Procesal Laboral*. 5ª edición. Fórum, 1995, Barcelona, p. 99.

(23) DE LA VILLA. Ob. cit., p. 576.

(24) España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, Boletín Oficial del Estado Nº 245, p. 106584; Ley 1/100 de Enjuiciamiento Civil, 7 de abril de 2000, artículo 137.

todos los hechos, los fundamentos jurídicos, las excepciones y las pretensiones de las partes. Eso tiene un costo que en un sistema de contestación escrita debe ser asumido por los demandados, mientras que en un sistema de contestación oral es posible imaginar a un pequeño o mediano empresario defenderse directamente sin necesidad de abogado, o solamente a través de su contador o jefe de personal.

El sistema procesal laboral español también es de audiencia única en forma general para todos los procesos y cuantías, lo que llevó a De la Villa a señalar que *"en algunos países se continúa con la rémora incomprensible, injustificada y criticada por la doctrina autorizada, de presentar la contestación de la demanda de manera escrita en lugar de presentarla oralmente en la misma audiencia de juicio"*(25).

La contestación de la demanda es un acto procesal que sirve fundamentalmente para negar o afirmar los hechos expuestos en la demanda y perfectamente se puede hacer en la audiencia sin la necesidad de presentar escrito alguno, lo que contribuye a la celeridad del proceso. Refiriéndose también al modelo español Alonso Olea señaló que *"la ventaja es que agiliza enormemente el proceso al suprimir el trámite de la contestación escrita"*(26).

Como dice Cappelletti: *"El valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica, de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia pública y oral, y lo más concentrado posible, en las que las pruebas sean practicadas ante el órgano decidor entero"*(27).

2. Audiencia única o dos audiencias o varias audiencias

La estructura del proceso y una mayor o menor concentración tiene que ver también con la decisión de instituir una única audiencia o dos o más audiencias. Las experiencias que se decantaron por varias audiencias no agilizaron el proceso, como lo demuestran los casos de Colombia, Guatemala, Honduras y República Dominicana, entre otros, en los que cabe la posibilidad de celebrar

(25) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. *Ley de procedimiento laboral: Comentada y con jurisprudencia*. La ley. España, 2006, p. 652.

(26) ALONSO OLEA, Manuel. "Estructura del proceso". Ponencia presentada en Taller de análisis del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo. En: Congreso de la República. Comisión de Trabajo y Seguridad Social. *El proceso laboral. A propósito del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo*. Congreso de la República. Lima, 2006, p. 22.

(27) CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 77.

hasta cuatro audiencias, aunque en Colombia se disminuyó a dos las audiencias recientemente porque no podían avanzar en la celeridad de los procesos.

En lo que respecta a las reformas procesales, en Costa Rica, Uruguay y el proyecto de Nicaragua se prevé en términos generales solo una audiencia de conciliación y juicio donde se concentran todos los actos procesales. Sin embargo, en Costa Rica se pueden realizar dos audiencias para los procesos ordinarios de evidente complejidad(28). En los demás países lo común es la existencia de dos audiencias, una de conciliación y otra de juicio, disponiéndose en algunos casos la posibilidad de suspenderlas y proseguir en una fecha distinta. No obstante, como se adelantó, en los juicios abreviados de menor cuantía que representan casi el 50 % del total, solo se prevé una sola audiencia en varios países como en Colombia(29), Costa Rica, Chile, Perú, entre otros, lo que demuestra que sí es factible la audiencia única.

Pero en la mayoría de las experiencias latinoamericanas de reforma se ha optado por la realización de dos audiencias: una audiencia preliminar previa a la audiencia de juicio dedicada a la conciliación fundamentalmente y a sanear el procedimiento a través del examen de las excepciones; y de otra parte, una segunda audiencia de juicio propiamente dicha en la que se actúan las pruebas y se esgrimen las defensas de las partes.

En Venezuela, la audiencia preliminar, la primera de las dos previstas, se dedica fundamentalmente al intento de conciliación, que puede prolongarse en el mismo día una vez vencida las horas de despacho hasta agotarse, y que puede continuar con la aprobación del juez el día hábil siguiente y prolongarse hasta cuatro meses(30). En Colombia, luego de fracasada la audiencia de conciliación, el juez señala día y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento, que debe celebrarse dentro de los tres meses siguientes(31). Este interregno entre una y otra audiencia se convierte en una amenaza en contra de la celeridad de los procesos; el proceso de doble audiencia necesariamente dura más. También hay que tener en consideración que en Venezuela hay dos jueces distintos, uno para cada una de las audiencias, cuya conveniencia habría que considerar desde el punto de vista de la inmediación.

Teniendo en cuenta lo anterior reafirmamos que la oralidad por sí sola no ha sido la norma en las reformas latinoamericanas, sino que ha estado

(28) Arts. 512 y 519 del Código de Trabajo modificado por la Ley de Reforma Procesal.

(29) Modificación dispuesta por la ley Nº 1149 de 2007.

(30) Arts. 132 y 136 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.

(31) BLANCO. Ob. cit., p. 201.

acompañada también –como no podía ser de otra forma– de la concentración de los actos procesales, en mayor o menor medida.

Como se sabe, la concentración tiende a aglutinar todos los actos procesales en la audiencia de juicio. Significa ante todo que las diferentes fases o periodos procesales se realizan en unidad de acto, sin la posibilidad de compartimentación estanca. Este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Lo que se requiere es que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad(32).

Hay cierta doctrina procesalista que afirma que un procedimiento así diseñado con base en la doble audiencia garantiza mejor los principios de contradicción y defensa. No obstante, esa estructura de proceso más compleja se traduce en un mayor coste económico para el Estado y también para los litigantes.

En efecto, la duplicidad de audiencias por cada asunto litigioso, duplica también el tiempo que los jueces han de dedicar a presidirlas y dirigirlas, lo que repercute en su menor productividad, como demuestra las experiencias de otros países, por ser inferior el número de sentencias que pueden dictar en su restante tiempo de trabajo. Un procedimiento así exige el doble de jueces, lo que se aleja de las posibilidades de gasto para el Estado o, por lo menos, debe asumirse que tales jueces producirán la mitad de sentencias, lo que atenta contra la celeridad. Además, la asistencia obligada de abogado a dos comparecencias, a la audiencia preliminar y a la del juicio, se traducirá todavía en un mayor coste para los litigantes.

La experiencia demuestra que jueces, abogados y litigantes en general, pueden en una sola audiencia de juicio concentrar la defensa de sus pretensiones, la actuación de sus pruebas y, finalmente, expresar sus conclusiones en que basan la petición concreta sobre la que el juez debe de pronunciarse.

IV. LA REVISIÓN JUDICIAL

Este es un tema que sin duda forma parte de la estructura del proceso, pero que por su importancia lo tratamos en forma separada. Los medios de impugnación tienen fundamento en la necesidad de evitar la posibilidad de

(32) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a todas clases de proceso.* 2ª edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1997, p. 67

que el error humano de un órgano de administración de justicia ocasione una resolución injusta y de esta forma proporcionar la garantía de una mejor dispensación de justicia. Los medios de impugnación hacen factible mediante el examen de lo resuelto el control de la aplicación por el juez de las normas estrictamente procedimentales, así como la defectuosa aplicación o el abierto desconocimiento de las normas materiales o procesales que rigen la conformación de su resolución(33).

Pero también tales medios de impugnación, si no están apropiadamente regulados, se pueden convertir en una de las principales causas de la mora judicial conjuntamente con la ausencia de oralidad o la duplicidad de audiencias y de incorporación de estaciones procesales de las que podrían prescindirse. Los medios de impugnación pueden dirigirse contra las sentencias que ponen fin a la instancia y contra los autos y resoluciones que se pronuncian sobre incidentes que se producen en la tramitación del proceso.

En las experiencias de reformas procesales latinoamericanas se prevé en todos los casos la revisión de la respuesta judicial de primera instancia. En todos los países se ha previsto el recurso de apelación, salvo en Chile que solo prevé la apelación de las sentencias interlocutorias, aunque sí se ha previsto un recurso de nulidad y un recurso de unificación de jurisprudencia, a los que nos referimos más adelante.

Además de la apelación, en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú se establece el recurso de casación, con lo que se instituye una tercera autoridad jurisdiccional que se pronuncia sobre el litigio. En Ecuador existe una cuarta autoridad jurisdiccional a la que se accede a través de un recurso extraordinario. En Nicaragua, si bien se establece la apelación de sentencias, el Tribunal Nacional de Apelación Laboral se pronuncia en segunda y definitiva instancia, sin que quepa en su contra recurso alguno. En Uruguay también se ha optado por el modelo de apelación como única revisión judicial.

En consecuencia, tanto en Chile, Nicaragua y Uruguay se establece una sola revisión judicial de las sentencias de primera instancia, mientras que en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú se establecen dos revisiones de la resolución de instancia a través de la apelación y de la casación.

Debe señalarse que en relación a la apelación en Uruguay fue declarado inconstitucional el inciso 2 del artículo 17 de la Ley Nº 18.572 que dispuso

(33) Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Segunda edición revisada. Editorial Trotta, Valladolid, 1995, p. 409.

como requisito para apelar una sentencia de condena que se deposite el 50 % del monto ordenado pagar; de lo contrario, la apelación sería rechazada sin más trámite y se tendría por desistido el apelante. Este artículo se estableció con el argumento de que resultaría conveniente para evitar las apelaciones que tengan por objeto alargar el proceso.

Con relación a lo señalado sobre Ecuador sobre una cuarta autoridad jurisdiccional que ejerce revisión judicial, Páez nos da cuenta de la existencia de un recurso extraordinario en contra de los fallos sobre casación de todas las materias, no solo laboral, de la Corte Suprema de Justicia que *"pueden ser impugnadas ante la Corte Constitucional, que constituye, en los hechos, una cuarta instancia con sus consabidas consecuencias en el tiempo para obtener una sentencia definitiva y en los costos que aquello representa para los litigantes"*(34).

Por otra parte, en Venezuela, que admite el recurso de casación, también establece el recurso de control de legalidad contras las decisiones que no admiten recurso de casación, con lo que siempre hay dos revisiones judiciales adicionales a la sentencia de primera instancia(35).

En relación con los medios de impugnación contra las sentencias que ponen fin a la instancia, cuando se pretende la celeridad de los procesos judiciales laborales y evitar o reducir la mora judicial un primer tema que se plantea es la cantidad o el número de revisiones judiciales de la sentencia de primera instancia y la amplitud de la revisión de la decisión judicial. La opción legislativa que busca hacer énfasis en la celeridad sin recortar o suprimir las garantías procesales es la del proceso laboral de única instancia, pero admitiendo una revisión judicial a través de un recurso extraordinario distinto al de la apelación clásica que establezca los supuestos en los que cabría su interposición.

Esta es la opción adoptada por la reforma de Chile en la que se optó por un procedimiento de instancia única frente al cual no cabe la apelación civil amplia e irrestricta y sin estar sujeta a determinados supuestos, sino un recurso de nulidad al que puede recurrirse en situaciones excepcionales fijadas por la ley(36). Con base en la inexistencia de estos requisitos se desestimaba aproximadamente el 80 % de los recursos de nulidad, aunque hace un par de años

(34) PÁEZ, Andrés. *El procedimiento oral en los juicios de trabajo.* Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2010, p. 210.

(35) Arts. 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.

(36) Art. 478 del Código del Trabajo de Chile (juez incompetente, infracción manifiesta de normas de apreciación de la prueba, alteración de la calificación jurídica de los hechos, violación de inmediación, omisión de requisitos exigidos en la ley, decisiones contradictorias, sentencia contraria a otra con autoridad de cosa juzgada, entre otras).

prima una interpretación menos restrictiva. Como se indicó, en Chile solo se prevé la apelación en sentencias interlocutorias[37]. Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia[38].

En España también está instituido el procedimiento de instancia única[39] con la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la sentencia expedida por el juez, sin que sea equiparable a la apelación, de manera que procede interponerlo exclusivamente frente a resoluciones judiciales determinadas y por los motivos tasados legalmente. En este caso, los Tribunales Superiores *"no realizan un nuevo examen de los hechos, de las pruebas y del derecho aplicable, sino que se ciñen a la revisión de determinados aspectos de la resolución impugnada (…)"*[40].

Otra opción legislativa es la de admitir la apelación más o menos abierta y sin cumplimiento de requisitos tasados, pero sin que quepa la interposición de otros recursos en su contra. Es el caso de la reforma procesal de Uruguay, en donde solo está prevista una revisión judicial de la sentencia de primera instancia a través de la apelación, al igual que en Nicaragua, en donde ya está en vigencia el Tribunal Nacional de Apelación Laboral.

La reciente Ley Procesal de Trabajo aprobada en Costa Rica, al igual que en Chile, ha eliminado la segunda instancia y mantiene el recurso de casación, como único medio de impugnación de la sentencia emitida por el juzgado de primera instancia. Sea cual fuere la opción legislativa escogida, la revisión de las sentencias de primera instancia (a través de la apelación o la nulidad) no debería de constituir un nuevo juicio en que pueda aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones o excepciones nuevas y aportarse nuevas pruebas sobre el caso.

Una tercera opción es la que admite, además de la apelación la interposición de un recurso de casación que en algunos casos deja de cumplir su función de control de legalidad y se convierte en una tercera instancia. Por cierto,

(37) Se refiere a sentencias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronuncian sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

(38) El art. 483 del Código del Trabajo de Chile dispone que "Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia".

(39) VILLA GIL, Luis Enrique de la. *Ley de procedimiento laboral. Comentada y con jurisprudencia*. La Ley, Grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2006, p. 1332.

(40) BAYLOS y otros, Instituciones…, Ob. cit., p. 423.

que mientras más revisiones de las respuestas judiciales existan en el proceso habrá menor celeridad.

V. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS DE MENOR CUANTÍA

La doctrina y la legislación siempre han previsto procesos abreviados para cuantías menores en función de la aplicación del principio de economía del proceso. A este respecto, Couture señala que *"El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso"*(41).

Así, los procesos de cuantías económicas modestas son objeto de trámites más simples, en tanto que se aumentan las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto. Las principales aplicaciones del principio de economía procesal son la simplificación en las formas del debate, la limitación de las pruebas, la reducción de los recursos, tribunales especiales, entre otros. En esta misma línea está el novedoso recurso de la inversión del contradictorio que nos ofrece el procedimiento monitorio recientemente aplicado en Chile con resultados muy satisfactorios, que se encuentra a medio camino entre un juicio declarativo y un juicio ejecutivo.

Este principio de economía del proceso tiene una enorme importancia en materia laboral, donde aproximadamente la mitad de las causas son de escaso monto pecuniario, razón por la cual las legislaciones del trabajo de América Latina siempre concedieron un lugar destacado a este tipo de causas de menor cuantía a través de diversas aplicaciones del principio de economía establecido para el Derecho Procesal.

En la región latinoamericana son básicamente tres las soluciones que se han propuesto. El procedimiento de instancia única sin apelación es la solución clásica que estuvo vigente desde la promulgación de los primeros códigos de trabajo y de los ordenamientos procesales laborales. La segunda opción son los procedimientos abreviados de doble instancia. En tanto que la tercera, novedosa en el ámbito jurídico en general y laboral, es el procedimiento monitorio.

(41) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial B de f, cuarta edición, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 155.

1. Procedimientos de instancia única y los abreviados de doble instancia

En Colombia existe el procedimiento de única instancia que es asignado a los jueces de pequeñas causas y competencia múltiple, los que desarrollan la actuación procesal en una sola audiencia. La demanda en estos procesos no requiere ser escrita, el demandado contesta la demanda oralmente en la audiencia en la que se intenta la conciliación; si fracasa se examinan las pruebas y testigos y luego sentencia en el mismo acto motivando su decisión. Contra dicha sentencia no procede recurso alguno(42). Se considera como menor cuantía el monto que no supere diez veces el salario mínimo legal mensual vigente (aproximadamente US $ 3133).

En Uruguay la reforma procesal también previó un procedimiento de menor cuantía de instancia única y de estructura similar al colombiano, con plazos bastante breves y con expedición de sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de seis días, cuya sentencia tampoco no podía ser objeto de revisión por otra instancia. El monto máximo para utilizar este procedimiento era de $ 81000 pesos uruguayos (aproximadamente US $ 3785)(43). No obstante, este proceso fue declarado inconstitucional y se encuentra en trámite legislativo una modificación a la Ley 18.572.

En Centroamérica existió el procedimiento de única instancia desde la promulgación de los actuales códigos de trabajo desde mediados del siglo pasado para las causas de menor cuantía. En Costa Rica se considera como monto de menor cuantía el equivalente de US $ 4000, que es una cantidad que comprende al 45 % de los casos ingresados en el año 2010. Estos procesos se tramitan oralmente y las sentencias no son apelables. Tampoco son apelables en Panamá, donde el monto de menor cuantía está fijado en US $ 1500, ni en República Dominicana es de menor cuantía cuando el monto no exceda de un valor de diez salarios mínimos mensuales (aproximadamente US $ 2559). En El Salvador y Honduras, si bien tienen establecido los procedimientos de instancia única sin apelación para causas de menor cuantía, sus montos fueron fijados en sus códigos de trabajo en cifras nominales que han quedado obsoletas por la devaluación monetaria y han caído en desuso.

En Perú no existe un procedimiento de instancia única para los procesos de menor cuantía, pero sí un procedimiento abreviado que es de competencia, desde la vigencia de la nueva ley, de los juzgados de paz letrados laborales por cuantía no superior a 50 Unidades de Referencia Procesal (equivalente a

(42) Art. 72 del Código Procesal de Trabajo de Colombia, modificado por el art. 36 de la Ley Nº 712 de 2001.

(43) Arts. 19 a 24 de la Ley 18.572, de 13 de setiembre de 2009.

US $ 7 019). También se tramita en audiencia única en la que se debe presentar la contestación a la demanda por escrito y en ese mismo acto deducirse las excepciones si las hubiera; también se intenta la conciliación y si esta no prospera se realiza la actuación de la prueba. El juez puede suspender la audiencia y proseguirla dentro de los 30 días si se requiriese la evacuación de informe pericial(44). La sentencia que emita en este proceso es apelable ante los juzgados de trabajo especializados de primera instancia, sin que proceda casación.

2. Procedimientos monitorios

El procedimiento monitorio es esencialmente distinto de los procedimientos de única instancia y abreviados, aunque persiguen el mismo fin y también se orienta por el mismo principio de economía del proceso; se trata, en suma, de un tipo especial de procedimiento sumario. Hasta el momento solo ha sido aplicado en la jurisdicción laboral de Chile para causas de menor cuantía (diez ingresos mínimos mensuales, aproximadamente US $ 3640)(45) y para las contiendas por violación del fuero maternal(46), lo que ha permitido que las causas se resuelvan en un promedio nacional de 29 días corridos, menos de un mes, lo que no tiene precedentes en América Latina. Además, con ese procedimiento se resuelven el 46,4 % del total de las demandas ingresadas, según estadísticas a febrero de 2011(47). Ninguna otra reforma procesal en América Latina ha incorporado este tipo de procedimiento, aunque sí se ha previsto en el proyecto elaborado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, que está en fase de consulta con la sociedad civil(48).

El proceso monitoreo puede ser definido como "*Aquel que tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de ejecución, por medio de la inversión del contradictorio en el sentido de que este puede o no existir según que medie o no oposición del demandado*"(49). Con este concepto podemos resumir los aspectos distintivos y característicos del procedimiento monitorio: la rapidez o celeridad, el objetivo de obtener un título ejecutivo y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción.

(44) Arts. 48 y 49 de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.

(45) Art. 496 del Código del Trabajo de Chile.

(46) Art. 201 del Código del Trabajo de Chile.

(47) Gobierno De Chile, Ministerio de Justicia, Estadísticas Nacionales. Justicia Laboral-Marzo 2011, pág. 9.

(48) Art. 176 y ss., Propuesta de Ley Procesal Laboral. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, pág. 54.

(49) De Gómez, citado por Cristóbal Macías (2002) y Pereira <www.coleigiodeabogadosdelaspalmas.com/ revistaweb/noticias/articulo1.php>.

Morgado señala que el procedimiento monitorio es uno de los contenidos más relevantes de la reforma laboral procesal chilena y que su objetivo es evitar juicios innecesarios *"cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante o demandante –que carece de un título ejecutivo– se deriva con claridad la existencia de una deuda, y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor"*. En otros términos, es un procedimiento que no es declarativo ni ejecutivo aunque participa de características de uno y otro, tendiente a la rápida creación de un título ejecutivo. Constituye una variedad especial de juicio sumario, en el que existe *"la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio"*.(50)

El procedimiento monitorio consta de dos fases: una administrativa, de carácter prejudicial, ante la inspección del trabajo, y otra judicial, ante el tribunal competente; las causas referidas al fuero maternal se tramitan solo en sede judicial(51). Si el juez estimare fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario, las rechazará de plano. Para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado.(52)

De esta forma, como señala Pereira, *"de alguna manera se traspasa al demandado la valoración preliminar de la prueba, para que adopte la decisión si impugna o no la primera resolución del tribunal. Como precisa Gómez Amigo, refiriéndose al procedimiento monitorio europeo: 'La descripción de pruebas no va dirigida al órgano jurisdiccional, sino al demandado, para que pueda identificar plenamente la deuda que se reclama y también calcular, en su caso, si le compensa oponerse o simplemente pagar, teniendo en cuenta sus posibilidades de éxito en un proceso declarativo posterior, a la vista de las pruebas descritas'"*(53).

La característica más destacada del procedimiento monitorio es, sin duda, la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio, la que, según Pereira, es la que tal vez resulta más difícil de comprender en nuestra cultura procesal, dado que en apariencia se afecta la bilateralidad y el derecho a ser oído. Es que el juez resuelve sobre el fondo de la controversia

(50) MORGADO VALENZUELA, Emilio. *El actual sistema procesal laboral y previsional en Chile*. Multigrafiado, San Salvador, El Salvador, 29 de agosto de 2011, p. 32.

(51) Art. 497 del Código del Trabajo.

(52) Art. 500 del Código del Trabajo.

(53) PEREIRA LAGOS, Rafael. "Procedimiento abreviado laboral: la experiencia chilena y la incorporación de un procedimiento monitorio laboral". En: *Nueva Ley Procesal de Trabajo*. Ley 29497. Ob. cit., p. 109.

pudiendo acoger la demanda y ordenar el pago de lo debido, sin escuchar al demandado, el que en todo caso se puede oponer(54). Solo si se opone se activa la etapa de contradicción, lo que ocasiona que se cite a audiencia única en la que contesta oralmente la demanda y ofrece sus pruebas. En consecuencia, queda la iniciativa de activar la contradicción a la decisión del demandado. Sobre este aspecto, Alvaro Pérez, citado por Pereira, señala que *"(…) de este modo el silencio toma relevancia en beneficio de la requiriente habiendo tenido el requerido la posibilidad de oponerse"*(55).

Por esto indica Pereira, citando a Macías, que resulta difícil clasificar el procedimiento en declarativo o ejecutivo y que se ha sostenido que se encuentra a medio camino entre ambos procedimientos, ya que al obviar la etapa de discusión o contradicción no estaríamos frente a un procedimiento declarativo; pero como el actor no cuenta con un título ejecutivo –el que precisamente pretende obtener– tampoco podríamos calificarlo como de ejecución(56).

Adicionalmente, está en manos del juez decidir si da inicio al procedimiento con el mandato de pago o si cita a audiencia única, activando de esta forma el principio de contradicción. En efecto, *"en caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la reclamación. El juez deberá dictar sentencia al término de la audiencia, la que deberá contener las menciones señaladas respecto del procedimiento de aplicación general, con excepción de: (i) la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, y (ii) el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación"*(57). En consecuencia, se faculta al juez para el dictado de una sentencia oral abreviada que se emite en la misma audiencia. Las resoluciones dictadas en el procedimiento monitorio son susceptibles de ser impugnadas por medio de todos los recursos establecidos en el Código del Trabajo, con excepción del recurso de unificación de jurisprudencia.

(54) En el mismo art. 500 del Código del Trabajo se prevé la posibilidad de reclamar, esto es, oponerse a la resolución que acoge las pretensiones del demandante en el plazo de diez días hábiles contado desde su notificación, en cuyo caso "el juez cita a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación".

(55) Ibídem, pág. 110.

(56) Ibídem.

(57) MORGADO. Ob. cit.

Pereira[58] señala que el proceso monitorio es una institución procesal poco conocida en nuestra cultura jurídica pero de gran potencialidad como instrumento que salvaguardando la bilateralidad y derecho de las partes permite evitar procesos inútiles donde la contradicción resulta innecesaria, pero que deben cumplirse por la estructura procesal, destinando los tribunales y las partes recursos que podrían dirigirse a otros asuntos[59]. Según da cuenta Pereira, el profesor Álvaro Pérez nos hace presente, citando el documento base para la reforma procesal civil en Chile, que *"la gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación"*[60].

El procedimiento monitorio se remonta al siglo XIII en lo que ahora es Italia y en la actualidad la mayoría de los países europeos lo considera como un mecanismo expedito para el cobro de sumas de dinero en forma simplificada. En la Unión Europea la Directiva 35/2000 dispuso que *"los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda"*[61].

VI. MODALIDADES ESPECIALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En las experiencias latinoamericanas de reforma procesal Chile, Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Perú han incluido diversas modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales. El proyecto en preparación de El Salvador también incluye un procedimiento especial.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes a la condición de persona o ciudadano de carácter indisponible e inalienable, son derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas o, en cuanto a

(58) PEREIRA, Rafael. *El procedimiento monitorio laboral.* Abelardo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 5 y ss.

(59) PEREZ, Álvaro. *Revista de Derecho*, Vol. XIX Nº 1, julio 2006, Valdivia, pp. 205-235, citado por Pereira.

(60) Ídem.

(61) MACÍAS, Cristóbal. En: <www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php>, citado por Pereira.

ciudadanos, con independencia de las concretas características de cada ordenamiento constitucional nacional, pues lo que define el derecho fundamental es su contenido, no el modo en que estén regulados y protegidos en cada ordenamiento nacional(62).

Adicionalmente, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT del año 1998 precisó los derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito del trabajo.

En consencuencia, se debe establecer el tipo de garantías jurídicas que debe tener todo ordenamiento jurídico nacional para que estos derechos fundamentales sean adecuadamente protegidos en caso de una eventual vulneración. En efecto, no se puede hablar de derechos si en un Estado no existen procedimientos adecuados y eficaces para garantizar el goce y el ejercicio de estos.

En tal sentido, hay que tener presente que garantía jurídica alude a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo por la vía de establecer obligaciones o prohibiciones. Así, los derechos fundamentales requieren por su naturaleza de una legislación especial que los haga aplicables en la medida que requieren ser tutelados y garantizados por los poderes públicos de manera más rigurosa que los de mera legalidad ordinaria. La protección contra su posible vulneración hace preciso contar con instrumentos diversos dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales(63).

En tal sentido, en un Estado democrático, los derechos fundamentales en el trabajo deben garantizarse con el máximo rango, con la máxima importancia, y con la máxima fuerza jurídica(64). Por lo tanto, para la tutela judicial de estos derechos no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario, sino que deben establecerse determinados elementos caracterizadores del proceso:

a) carácter preferente y sumario;

b) reglas simples y de celeridad acentuada;

c) medidas cautelares que preserven de los efectos irreparables que puede ocasionar en algunas circunstancias la agresión de los derechos funda-

(62) Cfr. GUILLÉN OLCINA, Jorge, siguiendo a Luigi Ferrajoli. "Los procedimientos especiales para la protección de derechos fundamentales y conflictos colectivos". En: *Nueva Ley Procesal de Trabajo. Ley 29497.* Op. Cit, p. 75.

(63) Ídem. p. 79.

(64) Cfr. SANGUINETI, Wilfredo. *La tutela de los derechos fundamentales en la Ley Procesal Peruana. Un estudio específico de la libertad sindical*. Universidad de Salamanca.

mentales que puedan implicar la suspensión inmediata del acto impugnado;

d) inversión de la carga probatoria, de manera que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración;

e) que la ejecución de la sentencia goce de ejecutividad inmediata provisional desde que se dicta, cualquiera sea el sentido del fallo, sin necesidad de esperar a la firmeza para la ejecución del fallo condenatorio, dado el especial interés de orden público a que se restituya la situación que existía en el momento anterior a producirse la lesión(65).

Estos criterios han sido reconocidos por la OIT en diversos instrumentos internacionales en los que insta a los gobiernos a garantizar los derechos fundamentales a través de mecanismos que otorguen adecuada protección y garanticen una reparación eficaz.

En efecto, las normas de la OIT y sus órganos de control, refiriéndose a la aplicación de derechos fundamentales, hacen referencia a "protección eficaz"(66), "procedimientos especiales de recurso accesible"(67), "el establecimiento de una reparación eficaz"(68), "las autoridades encargadas de examinar el caso, ya sean tribunales ordinarios u organismos especializados, deben disponer de todas las facultades necesarias para poder emitir rápidamente su fallo"(69); y adicionalmente, cuando se alude a *"procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y condiciones de una relación de trabajo"*(70), entre otros.

Al respecto, el Convenio 98 establece que *"los trabajadores deberán gozar de* ***adecuada protección*** *contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo"* (art. 1). Este mandato ha sido complementado por el Convenio 135, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, cuando señala que: *"Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de* ***protección eficaz*** *contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el*

(65) Cfr. Guillén, Ob. cit., pp. 88 a 92.

(66) Convenio 98, art.1.

(67) Recomendación núm. 143, 6, 1, c).

(68) Recomendación núm. 143, 6, 1, d).

(69) OIT. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ª Edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 219, p. 108.

(70) Recomendación núm. 198, 4, e).

despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos comunes en vigor" (art. 1).

De otra parte, la Recomendación núm.143[71], sobre los representantes de los trabajadores, además de insistir en la misma necesidad de protección eficaz, señala taxativamente que entre las medidas de protección se deben incluir *procedimientos especiales* que incluyan reparaciones eficaces como el reintegro al centro de laborales, el pago de salarios no cobrados y el mantenimiento de derechos adquiridos; asimismo, señala que el empleador debería tener la obligación de probar que no ha tenido una conducta antisindical.

Por todo lo anterior, los procesos judiciales que garanticen los derechos fundamentales del trabajo deben ser eficaces, sencillos y deben otorgar adecuada reparación a la vulneración del derecho. Estos procedimientos judiciales deben comprender reglas especiales que refuercen la protección: ser sumarios por entender que la violación de este derecho debe ser urgentemente reparado, la abreviación de los plazos procesales, la suspensión de algunos trámites, o su concentración debe ser característica de estos procesos. Además, tales procedimientos deben ser preferentes, que sean tramitados antes que otros, incluso de los que fueron ingresados con anterioridad al despacho judicial. Debe operar la inversión de la carga probatoria, es decir, debe corresponder a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración de algún derecho fundamental, ya que de lo contrario sería siempre un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia que el demandante pruebe la vulneración de un derecho fundamental[72].

Sin embargo, para que esta inversión de la prueba opere el demandante debe acreditar la existencia de indicios que genere al juzgador la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se está vulnerando algún derecho fundamental del trabajo. Además, el proceso judicial sumario debería dar la posibilidad al actor de solicitar, en casos extremos, la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, lo que debiera operar exclusivamente cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que

(71) Véase especialmente los numerales 6.1 y 2.

(72) OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva*. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (num, 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949, numerales 217 y 218. OIT. Ginebra, 1994, p. 107.

afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

En tales casos, el juez debería poder citar a una audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas), en la que solo se admitan alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, y en la que el juez se pronuncie de inmediato dictando sentencia de viva voz adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

Posteriormente se citaría a la audiencia de juicio y la sentencia declararía la existencia o no de la situación denunciada, y en caso afirmativo, ordenaría el cese definitivo del comportamiento antisindical o de lesión de otros derechos fundamentales y la reposición de la situación anterior a producirse este. En este caso el órgano judicial debería dictar sentencia en un plazo máximo de 3 días luego de la audiencia de juicio, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

En Chile, conforme señala Tapia, la reforma procesal laboral incorporó la "tutela de los derechos fundamentales" en forma bastante amplia y no solo vinculados al trabajo. Respecto al procedimiento se dispone que este tipo de causas gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal;(73) asimismo, se dispone que el juez podrá disponer en la primera resolución que dicte la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando aparezca de los antecedentes que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles(74). Asimismo, se establece la inversión de la carga probatoria cuando resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales(75) y se dispone el dictado de la sentencia en la misma audiencia(76). En la sentencia se dispone que el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada(77).

En Colombia se tiene establecido un procedimiento especial que tiene por objeto obtener el permiso para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o cuando fuere desmejorado en sus condiciones de trabajo sin justa causa. Asimismo, se protege al trabajador amparado por el fuero

(73) Art. 488 del Código del Trabajo.
(74) Art. 492 del Código del Trabajo.
(75) Art. 493 del Código del Trabajo.
(76) Art. 494 del Código del Trabajo.
(77) Art. 495 del Código del Trabajo.

sindical que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral(78). Para esos efectos se establece un procedimiento breve y de plazos cortos: recibida la demanda el juez emite providencia en las 24 horas siguientes corriendo traslado de la demanda y citando a audiencia a las partes que tendrá lugar dentro del quinto día hábil de la notificación. El demandado contestará la demanda y propondrá excepciones en la misma audiencia, donde también se deciden las excepciones previas y el saneamiento del proceso y la fijación del litigio. Luego se decretan y practican las pruebas y se pronuncia el fallo correspondiente. Si no fuere posible dictarlo inmediatamente, se cita para una nueva que tendrá lugar dentro de los dos días siguientes. Este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre inversión de la carga probatoria, ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

La reforma procesal de Costa Rica dedica una sección a la protección de fueros especiales comprendiendo a mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, a trabajadores adolescentes, trabajadores cubiertos por el fuero sindical, a víctimas de hostigamiento sexual o discriminación por cualquier causa, u otros trabajadores que gocen de algún fuero semejante, entre otros. Se dispone un trámite denominado debido proceso ante diversas instituciones dependiendo del régimen laboral del trabajador para que autoricen el despido previamente antes que se produzca, salvo en causas que sean de tal gravedad que imposibiliten el desarrollo normal de la relación laboral. Para que sea válido el despido, el empleador deberá comprobar la falta ante el órgano del debido proceso correspondiente y obtener su autorización por resolución firme(79).

Cuando se viole este trámite de debido proceso se puede interponer solicitud de tutela ante el juzgado de trabajo competente, cuyo trámite tiene carácter preferente posponiendo cualquier asunto de diversa naturaleza que se tramite en el despacho.

En Nicaragua, la Ley 815, Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, incluye el procedimiento especial para la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales en el trabajo, entendiéndose por estos los referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998. Se otorga a la tramitación de estos procesos el carácter urgente a todos los efectos y preferente respecto de todos los que se sigan

(78) Arts. 113 y 118 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.

(79) Arts. 540 y 541, reformados por el proyecto de Ley Procesal Laboral, Expediente Nº 15.990.

en el juzgado, así como se dispone la posibilidad que el actor pueda solicitar en su demanda la medida cautelar de suspender los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación. Al día siguiente de admitida la demanda se cita a las partes a una audiencia preliminar donde solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada y el juez resuelve en el mismo acto de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación(80). Posteriormente, el juez cita a las partes a una audiencia de conciliación y juicio, en la que si se constata la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical o cualquier otro derecho fundamental, corresponderá al demandado la carga de probar la ausencia de discriminación. El juez deberá dictar sentencia en el plazo de tres días desde la celebración de la audiencia. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada y ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical o la conducta impugnada y la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la indemnización que proceda. Si el despido es declarado arbitrario por discriminatorio o con lesión de la libertad sindical o demás derechos fundamentales, el juez condenará al empleador al reintegro obligatorio en el mismo puesto y condiciones de trabajo con el pago de los salarios dejados de percibir(81). La sentencias dictadas en estos procedimientos son ejecutables provisionalmente no obstante el recurso de apelación que pueda formularse contra estas. Cuando se apele de la sentencia el empleador estará obligado a abonar al trabajador los salarios que se vayan devengando hasta que se dicte sentencia firme y definitiva. En caso de que la sentencia fuese revocada el trabajador no estará obligado a retornar los salarios de esta manera percibidos. Cuando sea el Estado de Nicaragua o las municipalidades la parte demandada, el funcionario que se niegue al cumplimiento de esta obligación deberá pagar una multa de hasta el 50 % de la obligación principal(82).

En Perú es competencia de los juzgados especializados de trabajo conocer en primer instancia a través del proceso abreviado las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical(83). La ley faculta al juez para dictar como medida cautelar, fuera o dentro de proceso, la reposición provisional

(80) Arts. 106, 107, 108 y 109 del proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.

(81) Arts. 110 a 112, ibídem.

(82) Art. 140, ibídem.

(83) Art. 2.3 de la Ley Nº29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.

si el demandante ha sido dirigente sindical al momento del despido o haber estado gestionando la conformación de una organización sindical(84). El proceso abreviado laboral incluye la admisión de la demanda, emplazamiento del demandado para que conteste la demanda en un plazo de diez días hábiles y la citación a audiencia única. La contestación a la demanda se entrega en la misma audiencia única al demandante y se le otorga un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los 30 días hábiles siguientes si se requiriese la evacuación de un informe pericial(85). Al igual que en Colombia, este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre carga probatoria ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

VII. MODALIDADES ESPECIALES PARA CONFLICTOS COLECTIVOS JURÍDICOS

De todas las reformas procesales, Nicaragua es la única que alude a modalidades especiales para procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico. En los demás países, si bien se reconoce legitimación procesal a los sindicatos para acciones de naturaleza colectiva, no se establecen reglas especiales sobre legitimación procesal para demandar, ámbito de afectación, el carácter urgente y preferente, así como efectos de cosa juzgada de la sentencia, como corresponde al principio de seguridad jurídica, pues el caso se discute una sola vez para el colectivo de trabajadores que lo plantee.

El proyecto de Nicaragua dispone que se tramitarán a través de dicho proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una ley, convenio colectivo o de una decisión o práctica de la empresa(86). Se confiere legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos a los sindicatos y a las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Se establece como requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el Ministe-

(84) Art. 55, a) y b), ibídem.

(85) Arts. 48 y 49, ibídem.

(86) Art. 113 del Proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.

rio de Trabajo o ante los órganos de conciliación establecidos en los convenios colectivos. Los procesos tienen el carácter de urgente y la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La audiencia de juicio será oral y la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto(87).

El proceso de conflicto colectivo posibilita colectivizar la acción procesal mediante el ejercicio de una única acción en el ámbito de la empresa o superior a ella para ventilar las legítimas discrepancias o conflictos que habitualmente surgen en la interpretación de los convenios colectivos y de otras normas laborales. El objeto de esta modalidad procesal son las cuestiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores relativas a la aplicación o interpretación de una norma, convenio colectivo o una decisión práctica de la empresa. Es el interés general de un grupo de trabajadores la nota distintiva esencial(88).

De La Villa señala que: *"el proceso de conflicto colectivo encauza una pretensión de relevancia colectiva, en la que litigan sujetos también colectivos en representación de los trabajadores y empresas afectadas. En general y descriptivamente, atendiendo a las características más habituales, esta modalidad procesal se propone resolver litigios de contenido jurídico que afecten a una pluralidad de trabajadores mediante sentencia declarativa que interpreta el derecho aplicable. La traducción o implementación a los casos concretos de los trabajadores afectados se realiza posteriormente, en defecto de cumplimiento espontáneo de la sentencia, a través de los procesos ordinarios en la que ya se parte de la base del derecho declarado en la sentencia colectiva"*(89).

De otro lado, esta modalidad procesal sirve también de instrumento de reforzamiento de la eficacia de los convenios colectivos y de la negociación colectiva que les da origen. Por esto es que se afirma que *"esta modalidad de conflicto colectivo se convierte en el instrumento procesal de afianzamiento de la aplicación real de lo pactado por los interlocutores sociales. La atribución de eficacia normativa y* erga omnes *atribuida al convenio desde la Ley viene*

(87) Arts. 113 a 120, ibídem.

(88) Cfr. GUILLÉN. Ob. cit., p. 94 y ss.

(89) DE LA VILLA. Ob. cit., pp. 1121-1122.

complementada con la introducción de una institución procesal ad hoc que la refuerce en el momento aplicativo"(90).

De otra parte, debe aclararse que esta modalidad procesal de conflictos colectivos jurídicos excluye los conflictos de intereses. Normalmente, los conflictos de intereses, económicos, de revisión, no debieran ser actividad jurisdiccional ya que su ámbito se circunscribe a la aplicación de una norma legal, convencional o contractual preexistente, o de otra índole, al caso concreto, con lo que quedarían excluidas las reivindicaciones dirigidas a la alteración o modificación de una norma legal o una práctica empresarial.

(90) BAYLOS y otros. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Ob. cit., p. 232.

EL ÁMBITO DEL ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

MICHAEL VIDAL SALAZAR[1]

I. JUSTIFICACIÓN DE UN ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL: LA JUSTICIA LABORAL

La jurisdicción es aquella *"potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado"*[2].

En el ordenamiento peruano, la jurisdicción se encuentra recogida a nivel constitucional en el numeral 1 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, disposición que consagra como principios de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, señalando que *"no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral"*.

Sobre la exclusividad de la jurisdicción, esta se refiere a que dicha potestad pertenece únicamente al Estado. En relación a su unidad, debemos indicar que no existen dos o más jurisdicciones de un Estado. Cada Estado goza de jurisdicción como una potestad indivisible. De acuerdo al principio de

(1) Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMES COLOMER, Juan-Luis y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 35.

jurisdicción, *"el poder jurisdiccional del Estado debe radicarse en un solo conjunto de órganos públicos, postulado que implica el rechazo o repulsa a la organización de tribunales especiales marginales a tal entidad unitaria"*[3]. En tal sentido, los órganos encargados de administrar justicia deben pertenecer a un único cuerpo, dividido debido a la imposibilidad material de que un solo órgano resuelva todos los conflictos[4]. De esta manera, no cabe hablar de jurisdicción civil, jurisdicción penal o jurisdicción laboral. De ser así se estaría "partiendo de desconocer lo que sea la jurisdicción"[5]. La indivisibilidad de la jurisdicción nos lleva a concluir que *"todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la jurisdicción sino que esta o se tiene o no se tiene"*[6].

En lo antes señalado estaría el origen de lo que se denomina *"competencia"*. La imposibilidad de que un solo órgano se haga cargo de la solución de todos los conflictos ha llevado a la distribución de dichos conflictos entre diferentes órganos. La primera regla para dicha distribución está referida a la materia de cada conflicto, dando nacimiento con ello a los distintos órdenes jurisdiccionales que existen. Así, podremos hablar de orden civil, orden penal u orden laboral (y no de jurisdicción civil, penal o laboral, como algunos autores han señalado).

Cada uno de estos órdenes está constituido por diversos órganos, los cuales se encuentran facultados a impartir justicia en determinados casos, según las reglas que se hayan establecido para tal efecto.

Es importante señalar que no toda rama del Derecho ha merecido la constitución de un orden jurisdiccional especializado, encargado de resolver los conflictos que se generan en torno a ella. Sin embargo, en el ámbito laboral, la existencia de un orden de esas características es aceptada de forma casi unánime.

(3) PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Derecho Procesal del Trabajo*. Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1984. pp. 12-13.

(4) Así pues, considerando esto último y el carácter coercitivo al que hemos hecho referencia anteriormente, debemos coincidir con Monroy Gálvez en que la referencia constitucional a jurisdicciones excepcionales, como la militar o la arbitral, es absolutamente impropia. Como señala el citado autor, en la Constitución "la acepción jurisdicción, utilizada para nombrar a la actividad en el fuero militar y en el arbitral, no se ajusta al concepto que compartimos (...) las llamadas jurisdicción militar y arbitral son, en estricto, expresiones de una competencia material exclusiva la primera y de un procedimiento de heterocomposición privada, la segunda" (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 229).

(5) MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit. p. 72.

(6) Ídem.

La creación de órganos especializados encargados de resolver conflictos sobre materia laboral no solo se ha basado en la necesidad de que el juzgador conozca adecuadamente el derecho material en discusión, sino además, especialmente en el caso de los conflictos laborales "propios" (trabajador vs. empleador), la interiorización de una forma distinta de ver el proceso, originada en una desigualdad material trasladada al plano procesal.

En efecto, en la relación laboral las partes se encuentran en una situación de desigualdad que ha llevado incluso a que el legislador prevea una normativa protectora de la parte trabajadora. Esta desigualdad tendría su origen en el casi inexistente poder de negociación que ostenta el trabajador individualmente. Esto ocasiona que sea exigible al órgano jurisdiccional encargado de resolver un conflicto obrero-patronal la verificación de que antes o durante el proceso no se vulnere el principio de irrenunciabilidad de derechos. Por ello existe un tratamiento especial de las excepciones, de las formas de conclusión del proceso o incluso, en algunas legislaciones, de los medios impugnatorios. Es así como la desigualdad existente en plano material se traslada al plano procesal justificando una lógica distinta a la del proceso común (civil).

Sobre el particular, Cruz Villalón sostiene que *"también en sede judicial debe ponderarse la desigualdad social que se produce entre las partes dentro de las relaciones laborales. Con todos los matices que se deben efectuar, el rol tuitivo propio de la legislación laboral ha de tener también sus consecuencias en el terreno procesal"*(7).

Es cierto que en el plano material la desigualdad de la que hablamos se ve mitigada con la existencia y actuación de las organizaciones sindicales; sin embargo, existen ciertos casos en los que la desigualdad se mantiene, como, por ejemplo en el plano probatorio. Debido a ello, el proceso laboral exige una visión particular en materia de pruebas, la cual evidencia que el tratamiento especial que puede regularse para este tipo de proceso está basado en la desigualdad procesal que existe entre las partes y no en la desigualdad material que muchas veces puede no estar presente.

Es verdad además, de alguna manera, lo afirmado por Pasco Cosmópolis, cuando dice que *"en la controversia laboral las partes tienen roles arquetípicos y representan, genéricamente, al capital y al trabajo. En cada litigio entre un empleador y un patrono está reproducida la contradicción fundamental entre los factores de la producción; no se trata, simplemente, de las personas*

(7) CRUZ VILLALÓN, Jesús. "Caracterización general del proceso laboral en el derecho español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV. Lima: JEMAFY, 2001, p. 443.

naturales o jurídicas que contienden, sino de la permanente oposición de intereses que separa socialmente las clases"[8].

Con relación a todo lo expuesto, Mascaro Nascimento señala que *"la especialización (…), se justifica plenamente ante la complejidad, volumen y lo específico de los conflictos laborales que exigen técnicas de evaluación que no siempre coinciden con las tradicionales"*[9].

No puede negarse las objeciones que a partir del Principio de Unidad de Jurisdicción pueden haberse realizado a la existencia de diversos órdenes jurisdiccionales. Sin embargo, como señala Chocrón Giraldez *"esta multiplicidad de órdenes no puede ser entendida como contraria al principio de unidad (…) sino, por el contrario, como un criterio de especialización de nuestros órganos jurisdiccionales"*[10]. En efecto, la existencia de órganos especializados puede armonizarse sin ningún problema con el principio de unidad de jurisdicción. Para ello basta que los jueces especializados en materia laboral se incorporen o formen parte del órgano jurisdiccional unitario[11] (en el caso peruano, el Poder Judicial).

Al respeto, comentando la legislación española, Baylos Grau, Cruz Villalón y Fernández López, señalan que *"el principio de unidad jurisdiccional (…) no se opone a la implantación de tribunales especializados, tal como sucede con el orden social jurisdiccional"*[12].

Así pues, la existencia de un orden jurisdiccional especializado constituido por aquellos órganos encargados de resolver conflictos sobre materia laboral resulta absolutamente compatible con la definición de jurisdicción y de ninguna manera se contrapone a esta o a los principios que le son aplicables. Se trata simplemente de una forma de distribuir la función encargada al Estado, objetivo en el que la competencia juega un papel protagónico. La distribución de los asuntos que deben ser sometidos a cada órgano dependerá de las reglas de competencia que el ordenamiento ha establecido.

(8) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE. Lima: 1997, p. 16.

(9) MASCARO NASCIMENTO, Amauri. "El órgano jurisdiccional". En: AAVV. *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Cusco, 1997. Exposiciones y Ponencias*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima, 1997. p. 31.

(10) CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. *Lecciones de Derecho Procesal Laboral*. Ediciones Laborum. Sevilla, 2001, p. 32.

(11) En ese sentido se expresa PEREIRA ANABALÓN. Ob. cit. p. 13.

(12) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNANDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones del Derecho Procesal Laboral*. Segunda Edición. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 15.

En el ordenamiento peruano, el orden jurisdiccional laboral está compuesto por los juzgados de paz letrados, los juzgados de trabajo (también denominados juzgados especializados en lo laboral), las salas laborales de las corte superiores (o, de ser el caso, por organización y como excepción, las salas mixtas), y la Sala (o salas) Constitucional y Social de la Corte Suprema. Algunos de estos órganos forman a su vez parte de otros órdenes jurisdiccionales (tal como sucede con los juzgados de paz letrados o la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema). Sin embargo, la exclusividad no es un requisito exigido para formar parte de un orden jurisdiccional.

En esta materia, la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), que denomina al orden jurisdiccional laboral como "justicia laboral" (artículo II del TP) ha introducido un importante cambio con relación a lo que regulaba la Ley N° 26636 - Ley Procesal del Trabajo (en adelante, LPT)[13], al hacer referencia a "juzgados de paz letrados laborales" (artículo 1) exigiendo con ello un nivel de especialización que antes no estaba regulado. Ello ha llevado a la implementación de juzgados de paz letrados que solo conocen de materia laboral o, en todo caso, tienen la exclusividad de conocer esa materia, lo que conlleva a su especialización, característica que, como hemos visto, se justifica ampliamente en este campo del Derecho.

II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL: EL PAPEL DE LA COMPETENCIA POR RAZÓN DE MATERIA

Como se ha señalado, el orden jurisdiccional laboral está constituido por los órganos encargados de resolver los conflictos sobre materia laboral. Dichos órganos forman parte del Poder Judicial, el cual es el responsable, en representación del Estado, de administrar justicia, es decir, ejerce la potestad estatal denominada "jurisdicción".

De esta manera, cada uno de los órganos que forman parte del orden jurisdiccional laboral, tal como los órganos que conforman otros órdenes jurisdiccionales (civil, penal, etc.) tienen jurisdicción. Sin embargo, dicha potestad no los faculta de inmediato para que actúen en cualquier proceso. Ello va

(13) La LPT solo señalaba que *"La potestad jurisdiccional del Estado en materia laboral se ejerce por los órganos judiciales que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial"*, norma que a su vez recogía (en sus artículos 35, 42, 51 y 57) el mismo esquema de composición del orden jurisdiccional laboral, desarrollado en los siguientes artículos por la LPT.

a depender de ciertos requisitos, los cuales se encuentran determinados a partir de las reglas de competencia que el ordenamiento ha regulado. En ese sentido, Montero Aroca afirma que *"la atribución de jurisdicción de un órgano no es por sí sola bastante para que este órgano conozca de una pretensión determinada y respecto de ella actúe el derecho objetivo. Es preciso, además, que una norma le atribuya el conocimiento de esa pretensión en concreto"*(14). Las normas de las que habla el profesor español son aquellas encargadas de regular la competencia.

Siendo ello así, debemos apuntar la diferencia que existe entre esta institución y aquella denominada "jurisdicción". Al respecto, consideramos pertinente suscribir lo manifestado por Vescovi, para quien la jurisdicción es la potestad genérica de todo tribunal; mientras la competencia representa el poder específico de intervenir en determinadas causas(15).

Existen autores que definen la competencia como parte de la jurisdicción o como medida de esta. Esta tendencia ha sido criticada por parte de la doctrina, en virtud al carácter indivisible de la jurisdicción. Así, se señala que la competencia *"no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, no la medida de la jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional"*(16). Por su parte, desde un punto de vista más práctico, Monroy Gálvez sostiene que la competencia *"es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción"*(17).

Consideramos entonces que la función de esta institución no es otra que la de otorgar a cada órgano, no jurisdicción, sino la aptitud de ejercer dicha potestad con relación a un caso concreto.

En esa medida, la competencia ha sido considerada como un presupuesto procesal, es decir, como un requisito esencial para que exista una relación jurídica procesal válida. Así pues, el órgano jurisdiccional que conoce un proceso debe tener competencia para ello.

Al respecto, coincidimos con Chocrón Giraldez cuando señala que *"la competencia de los órganos jurisdiccionales puede definirse como la concreción*

(14) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. 5ª edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 46.

(15) VESCOVI. Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis, Santa Fe, 1999. p. 133.

(16) MONTERO AROCA, Juan y Otros. Ob. cit.

(17) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano". En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Palestra, Lima, 2004, p. 349.

del juzgado o tribunal que va a ejercer, con exclusión de cualquier otro, en un asunto determinado"[18]. De esta manera, existiría un plano positivo referido a la actuación de un determinado órgano jurisdiccional, pero también un plano negativo referido a la prohibición de que un órgano distinto conozca el conflicto.

En esa medida, la competencia se constituye en una institución esencial para determinar el ámbito del orden jurisdiccional laboral, en tanto al definir que asuntos pueden ser resueltos por sus órganos delimita su ámbito de acción.

El papel que juega la competencia para la determinación del ámbito del orden jurisdiccional laboral queda en evidencia en la denominada *"competencia por razón de materia"*. Es decir, aquella competencia que, como señala Vescovi, citando a Carnellutti, está determinada *"por el modo de ser del litigio, es decir, de acuerdo con la relación de derecho material que da lugar a la causa"*[19].

En este nivel se aprecia la función de regulador externo e interno que cumple la competencia. En efecto, primero delimitando el ámbito del orden jurisdiccional laboral actuando como factor de determinación de la competencia con relación a órganos de otros órdenes jurisdiccionales. Y, segundo, actuando como factor de determinación de competencia al interior del orden jurisdiccional laboral estableciendo las materias que deben conocer cada uno de sus órganos.

Considerando el tema que venimos tratando, nos referiremos a su función reguladora a nivel externo.

Sobre el particular, la atribución de competencia por razón de materia a los órganos que componen el orden jurisdiccional laboral sirve en este caso como un demarcador del ámbito en que dichos órganos pueden actuar. Al respecto, debemos indicar que, en la mayoría de ordenamientos el orden jurisdiccional civil es competente para conocer de todos aquellos asuntos que no hayan sido asignados a otros órdenes[20].

Es por ello que la mayoría de conflictos derivados de las competencias se van a generar entre el orden civil y el laboral. Sin perjuicio de ello, existen también casos en los cuales la controversia se va a entablar con órganos

(18) CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. Ob. cit., p. 39.

(19) VESCOVI, Enrique. Ob. cit., p. 134.

(20) En ese sentido, sobre la legislación española se ha señalado que *"hay una atribución especializada de asuntos a cada orden, completada con una atribución adicional de carácter residual a favor del orden civil: este conoce 'todas aquellas [materias] que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional' (art. 9.2. LOPJ)"* (MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Curso de Procedimiento Laboral*. Sexta Edición. Tecnos, Madrid, 2001. p. 36).

de otros órdenes jurisdiccionales, tales como el contencioso-administrativo, el constitucional o, incluso, el penal.

Si bien las reglas de la distribución de la competencia por razón de materia dependen de lo que cada ordenamiento señale, existen algunos parámetros comunes entre ellos.

a. Los conflictos laborales propios o típicos como materia de competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral

En principio, la competencia del orden jurisdiccional laboral debería estar limitada a los conflictos que pudieran derivarse de la relación que existe entre un empleador o empleadores y un trabajador o trabajadores (de forma individual o colectiva). Obviamente, la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden laboral alcanza solo a aquellos conflictos entre un empleador y un trabajador derivados de la relación laboral que los vincula, a los cuales se denomina "conflictos laborales propios" o "típicos". No formarían parte de la competencia de los órganos antes citados, el reclamo del trabajador por el incumplimiento de un contrato de compraventa celebrado con el empleador, ni el reclamo de este último por la falta de pago del alquiler de un bien dado en arrendamiento al trabajador.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, Pasco Cosmópolis considera que "*el DPT, en efecto, se ocupa preponderantemente de las controversias laborales propias, de las obrero-patronales, de las que enfrentan entre sí a las partes de la relación laboral; esto es, las controversias laborales típicas*"(21).

Ahora bien, incluso al interior de los denominados conflictos laborales "propios" o "típicos", existen un grupo de estos que puede quedar fuera del ámbito de actuación de los órganos del orden jurisdiccional laboral, e incluso de la jurisdicción en general.

Nos explicamos. Los conflictos laborales (propios) admiten varias clasificaciones. Sin embargo, las más aceptadas son las que los dividen en "conflictos individuales y conflictos colectivos" y "conflictos jurídicos y conflictos económicos".

Sobre la primera clasificación se entiende por conflicto individual aquel entablado entre un trabajador y un empleador, en que se discute el interés singular del primero. Ejemplo de un conflicto individual sería el reclamo que puede dirigir un trabajador a su empleador exigiendo el pago de una indemnización

(21) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit. p. 20.

por despido arbitrario. Es importante señalar que el reclamo puede ser realizado por varios trabajadores, sin embargo, en la medida que se discutan intereses singulares de cada uno de estos nos encontraremos ante conflictos individuales. La doctrina ha calificado a esta última situación como conflicto pluriindividual o plural, diferenciándolo del colectivo.

Por su parte, en el conflicto colectivo lo que se discute es la afectación del interés de un grupo de trabajadores, pero considerados como una categoría o conjunto abstracto, lo que la doctrina denomina "interés colectivo". Para que este tipo de conflicto exista no es indispensable que el interés se extienda de hecho a todo el grupo de trabajadores, sino que basta con que ello sea viable. A diferencia de los conflictos individuales, en este caso, el titular del interés no es un trabajador, sino un grupo de trabajadores. De esta manera, nos encontraremos ante un conflicto colectivo por excelencia, por ejemplo, cuando se presente un reclamo grupal por el incumplimiento del empleador de otorgar a sus trabajadores (en general) los permisos pactados en un convenio colectivo.

De acuerdo a la segunda clasificación, existirá un conflicto jurídico (también denominado "de derecho" o "de aplicación") cuando lo que está en discusión es la aplicación o interpretación de una norma preexistente. Un ejemplo de este tipo de conflicto sería aquel basado en el no otorgamiento del descanso vacacional regulado por ley.

De otro lado, podremos hablar de conflicto económico (también denominado "de interés" o "de regulación") cuando lo que se discute son asuntos de equidad, justicia o económicos, con motivo de la creación de una nueva norma, o la modificación de la situación existente. Como ejemplo de este tipo de conflicto podemos citar a la negociación colectiva.

Ahora bien, estas clasificaciones pueden interrelacionarse, constituyendo cuatro posibles tipos de conflictos laborales: individuales jurídicos, individuales económicos, colectivos jurídicos y colectivos económicos.

Sobre los conflictos individuales jurídicos, estos constituyen la materia por excelencia del proceso laboral y, por tanto, son competencia de los órganos que forman parte del orden jurisdiccional laboral.

Algo similar sucede en la actualidad con los conflictos colectivos jurídicos. Si bien durante un tiempo, algunas legislaciones prefirieron delegar esta materia al ámbito administrativo, hoy resulta casi unánime considerarlos dentro de las competencias de los órganos jurisdiccionales laborales.

Los problemas surgen con relación a los conflictos económicos, sean estos individuales o colectivos. En ambos casos se ha sostenido su exclusión no solo de la competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral, sino

de la jurisdicción en general. Estos se deben a la imposibilidad, en casi la totalidad de ordenamientos, de que se pueda discutir ante el Poder Judicial asuntos de equidad o justicia encaminados a la creación de una norma o la modificación de una situación vigente.

Sobre este tema, Pasco Cosmópolis grafica la situación sosteniendo que *"la verdadera importancia de la distinción se da en la forma como las controversias jurídicas y económicas trascienden al proceso: el mecanismo propio de las jurídicas es el juicio, el litigio; en los de intereses es la negociación colectiva o su secuela (conciliación, mediación, arbitraje). Y sobre todo, en el resultado de cada proceso: declarar el derecho, unas; crearlo, las otras"*(22).

Es así como los ordenamientos que han otorgado al Poder Judicial la posibilidad de intervenir en este tipo de conflictos son contados, por lo que ello es considerado como una excepción. En tal sentido, Mascaro Nascimento indica que *"la atribución, a los jueces de trabajo, del poder de crear normas sobre condiciones de trabajo mediante decisiones proferidas en los disidios colectivos económicos subsiste como excepción. La regla general es la solución no jurisdiccional de los conflictos económicos"*(23).

Según lo antes señalado, es común que la solución de los conflictos colectivos económicos sea derivada a mecanismo extrajudiciales que van desde aquellos de naturaleza autónoma (procedimiento de negociación colectiva), hasta aquellos en los que participa un tercero, sea como moderador (mediación y conciliación) o dirimente (arbitraje). Los conflictos de esta naturaleza solo llegarían a sede judicial por motivos de forma (anulación de laudo, por ejemplo), pero nunca por razones de fondo.

Acerca de los conflictos individuales económicos, la tendencia casi unánime es a negar su existencia práctica. Por ello se afirma que *"(…) la controversia individual económica solo tiene existencia virtual, mas no reconocimiento jurídico. No existe derecho individual para promover una controversia que conduzca a la revisión de una ley, a la creación de la norma"*(24). Y es que, el trabajador individualmente considerado no puede ejercer el derecho de negociación colectiva que, normalmente, le otorga el ordenamiento. Para ello necesita reunirse con un grupo de trabajadores, pero, obviamente, a partir de ese momento el conflicto se convierte en uno de naturaleza colectiva.

(22) Ibídem p. 29.
(23) MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Ob. cit., p. 32.
(24) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 24.

Considerando lo expuesto, podemos concluir que, en general, forman parte de la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional laboral los conflictos laborales propios o típicos, tanto individuales como colectivos, siempre que sean jurídicos.

En esa línea, la NLPT señala que corresponde a la justicia laboral resolver *"conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral (…)"*, los que *"pueden ser individuales, plurales o colectivos"* (artículo II del TP). Así pues, contiene una esquema similar al regulado por la LPT, con la única diferencia que, de acuerdo a la regulación contenida en esta última, los juzgados de paz letrados solo podían conocer de conflictos individuales, no de conflictos colectivos (artículo 4, numeral 3).

Obviamente, los conflictos antes citados pueden ser llevados al ámbito judicial tanto por la parte trabajadora como por la parte empleadora. Resultaría absurdo sostener que debido al carácter protector del ordenamiento laboral, esta última posibilidad esté negada. Si bien en la NLPT la única referencia expresa a dicha posibilidad la encontramos en su artículo 2, numeral 1, literal "b", al hacer referencia a la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, "incurrida por cualquier de las partes"[25], no existe fundamento para negar dicha posibilidad en otros supuestos en que el empleador se considere afectado.

Finalmente, es importante rescatar cómo la NLPT ha eliminado la discusión existente en relación a la competencia del orden jurisdiccional laboral en materia de Derecho Público al regular expresamente la posibilidad de que un juez laboral tramite un proceso contencioso-administrativo conforme a la ley de la materia (Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo), cuando se trate de resolver *"pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de Derecho Público"* (artículo 2, numeral 4)[26].

(25) Algo similar se presenta en la LPT cuando hacía referencia a la competencia de los juzgados de trabajo para conocer la *"indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de falta grave que cause perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores"* (artículo 4, numeral 2, literal j)

(26) Hay que recordar que el texto original de la LPT regulaba como competencia de las Salas Laborales la acción contenciosa administrativa en materia laboral y de Seguridad Social (art. 4, numeral 1, inc. c), y contenía un título dedicado a la tramitación del proceso correspondiente (Título III). Se comprendían de este modo, dentro de la competencia de las salas laborales, los reclamos de trabajadores contra el Estado por el incumplimiento de prestaciones previsionales y laborales (en los casos en que se encontraban sujetos al régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N° 276), o los reclamos de los empleadores por imputación de deudas derivadas de aportes o retenciones correspondientes a la seguridad social.

b. La inclusión de conflictos vinculados indirectamente a la relación de trabajo en la competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral

Pero no solo los conflictos laborales propios o típicos forman parte de la competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral. Existen otro tipo de conflictos en los que encontramos entre las partes a sujetos distintos al trabajador (individual o colectivamente) y al empleador. A estos conflictos se les ha denominado conflictos laborales "impropios"(27) o atípicos.

En efecto, existe una tendencia mayoritaria en los ordenamientos procesales dirigida a contemplar la posibilidad de que se tramiten ante los órganos del orden jurisdiccional laboral conflictos entre sujetos distintos a los que forman parte de una relación laboral, utilizando en ese caso como factor de atribución la materia en discusión, que si bien puede estar relacionada a la legislación laboral no necesariamente responde a su naturaleza.

Dentro de este grupo de conflictos tenemos, principalmente, a los conflictos inter e intrasindicales, es decir, aquellos surgidos entre dos organizaciones sindicales (por la representación de los trabajadores, por ejemplo) o al interior de una de estas (como sucede cuando existe una disputa entre representantes).

También quedarían comprendidos entre los conflictos laborales impropios o atípicos aquellos conflictos derivados del incumplimiento de normas de seguridad social, en los que si bien el empleador mantiene la posición de demandado, es el Estado o la empresa privada encargada de la administración de los servicios los que ocupan la posición de demandantes. Incluso, existen

---

Sin embargo, la promulgación de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) cambió esta situación al haber derogado el Título III de la LPT, disponiendo asimismo la tramitación de los procesos contencioso-administrativos en general ante los juzgados especializados en la materia.

El tema fue muy discutido debido a que si bien la LPCA derogó el Título III de la LPT, no derogó (por lo menos expresamente) el inciso c del numeral 1 del artículo 4 de la citada ley ni el inciso c del artículo 42 del TUO LOPJ, disposiciones que atribuyen competencia para conocer de la "acción contenciosa administrativa en materia laboral y seguridad social" a las salas laborales de las Cortes Superiores. Ello permitía interpretar que, si bien las reglas del proceso deben seguirse de acuerdo a la LPCA, los competentes para conocer de dichos conflicto eran los órganos del orden jurisdiccional laboral.

Pese a ello, en la práctica se acogió mayoritariamente la posición contraria, que encontraría su sustento en una supuesta derogación tácita de las disposiciones antes citadas (o cual resultaba bastante cuestionable en el caso del inciso c del artículo 42 del TUO LOPJ, debido a la jerarquía de dicha norma).

(27) Al respeto, Ermida Uriarte nos indica que existen junto al clásico conflicto obrero-patronal puro o típico, *"otros conflictos cuyas partes puedan no ser el trabajador y su empleador siempre que estén originados en un conflicto individual de trabajo"* (ERMIDA URIARTE, Oscar. "Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia de trabajo". En: *Anales del Foro*. N° 43-44, Montevideo, 1982, p. 20).

otros supuestos en que la posición del demandado podría ser ocupada por el Estado debido a la responsabilidad que la ley le atribuye. En este último supuesto, no incluimos a los casos en que el Estado es el empleador, situación en la cual estaremos ante un conflicto laboral típico.

Sobre los conflictos impropios o atípicos, comentando la legislación española, Chocrón Giraldez nos cuenta que los órganos jurisdiccionales *"del orden social conocerán de la pretensiones que se promueven dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de seguridad social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral (art. 9 de la LOPJ)"*(28).

Al respecto, la NLPT, siguiendo lo ya dispuesto en la LPT (artículo 4, numeral 2, literal c), recoge bajo la competencia del orden jurisdiccional laboral (específicamente, de los juzgados especializados de trabajo), a los conflictos intra e intersindicales, haciendo referencia a ellos como *"los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida su disolución"* (artículo 2, numeral 1, literal g).

También se recogen dentro de la competencia del orden jurisdiccional laboral el cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de asegurados o los beneficiarios exigibles no solo al empleador, sino también a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras (artículo 2, numeral 1, literal i), así como las pretensiones referidas al Sistema Privado de Pensiones (artículo 2, numeral 1, literal j) que, entendemos, podrían ser iniciadas contra una entidad administradora de dicho sistema.

Del mismo modo, se considera como parte de la competencia de los juzgados especializados de trabajo (en vía del proceso contencioso-administrativo) las impugnaciones dirigidas contra las actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo (artículo 2, numeral 4), y las cobranzas de aportes al Sistema Privado de Pensiones retenidos por el empleador, supuesto en el cual siempre es competente el juzgado de paz letrado (artículo 1, numeral 2).

Finalmente, en esta situación de conflicto laboral "impropio" podríamos también considerar las eventuales pretensiones que pueden ser dirigidas por los trabajadores que prestaron servicios para un empleador, que a su vez es contratado por otra empresa o entidad. Nos referimos al caso de la tercerización

(28) CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. Ob. cit., p. 32.

o intermediación, y la responsabilidad solidaria que se genera a partir de esta. Debemos indicar que no nos referimos al caso en que se cuestiona la validez de la tercerización o intermediación, alegando el carácter de empleador de la empresa que contrató el servicio (supuesto que sería calificable como laboral "propio"), sino al que se deriva de la simple solidaridad. Si bien no hay una disposición expresa sobre el tema, no cabe duda que en tanto deriva de la existencia de una relación laboral, la competencia para su resolución alcanza al orden jurisdiccional laboral.

En todo caso, la NLPT sí contiene una referencia expresa, en materia de responsabilidad por daños patrimonial y extrapatrimonial, a las acciones que pueden ser dirigidas contra el *"tercero en cuyo favor se presta o prestó el servicio"* (artículo 2, numeral 1, literal b).

c. La inclusión de conflictos sobre relaciones equiparadas a la relación laboral en la competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral

El desarrollo y los cambios generados a lo largo del tiempo en relación a las formas en que se presta un servicio personal, sea a nivel privado como público, ha llevado a que el ámbito del orden jurisdiccional laboral se amplíe a materias que, por su naturaleza, estarían excluidas de este.

Un claro ejemplo de ello lo constituye la referencia que hace la NLPT a la *"prestación personal de servicios de naturaleza formativa, cooperativista o administrativa"* (artículo II del TP).

En relación a la primera, esta tiene su origen en la posibilidad de que los socios de una cooperativa tengan a su vez la calidad de trabajadores (socios trabajadores), situación que definitivamente genera un lazo de subordinación hacia la cooperativa que va más allá de su calidad social.

De otro lado, en relación a las prestaciones de naturaleza formativa y administrativa, nótese que la competencia no exige que esté en discusión tal naturaleza, y que el demandante exija la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad para que se le considere trabajador, sino a la posibilidad de exigir los derechos o beneficios regulados para ese tipo de prestaciones.

Con relación a la prestación personal de servicios de naturaleza formativa, la NLPT ha evitado entrar a la discusión sobre dicha naturaleza (hay autores que consideran que se trata de prestaciones laborales, amparadas bajo un

régimen laboral especial[29]), reconociendo simplemente que la desigualdad a nivel material y procesal que justifica un orden jurisdiccional propio para lo laboral también se presenta en su caso, con las mismas características.

Algo similar sucede con la prestación personal de servicios de naturaleza administrativa, pensada inicialmente para el régimen de contratación administrativa de servicios regulado por el Decreto Ley N° 1057 (CAS), hoy considerado como un régimen laboral especial gracias a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano (STC N° 00002-2010-PI/TC). Sin embargo, nada obsta para que la regla sea aplicable a cualquier otro régimen que, sin ser considerado laboral sino administrativo, implique una prestación personal de servicios.

d. Temas controvertidos sobre las materias de competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral

Sobre la materia, como factor de distribución de la competencia de los órganos del orden jurisdiccional laboral con relación a los órganos de otros órdenes jurisdiccionales, existen otros temas que han sido ampliamente discutidos.

El primero está referido al órgano competente para la existencia de una relación laboral. Como es bien sabido, muchas veces la relación laboral se encuentra encubierta bajo una supuesta relación civil, incluso, con documentación que acredita la celebración de un pacto de dicha naturaleza. Frente a dicha situación, el Derecho Laboral consagra el principio de primacía de la realidad, el cual se basa en que *"ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el Derecho prefiere esto sobre aquello"*[30].

Considerando lo antes citado, puede presentarse un caso en el cual un trabajador solicite el cumplimiento de obligaciones laborales por parte de la persona que lo contrató. Sin embargo, el documento que acredita el vínculo entre las partes es un contrato de naturaleza civil (locación de servicios, contrato de obra, etc.) o recibos de pago comunes en una relación independiente (recibo por honorarios profesionales).

En dichos casos, el empleador podría alegar que el juez laboral es incompetente para conocer de dicho reclamo en tanto se trata de un asunto civil. Sin

(29) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 51.

(30) Ibídem, p. 36.

embargo, siendo la discusión principal la naturaleza misma de la relación no puede encargarse la determinación de la existencia de un contrato de trabajo al juez civil. En efecto, el principio de primacía de la realidad, cuya aplicación resulta indispensable para determinar la naturaleza de la relación, es una institución de naturaleza laboral y, por tanto, el órgano idóneo para resolver el tema es un juez especializado en la materia.

Además de lo antes señalado, las pretensiones que formarían parte del petitorio demandado (pago de beneficios sociales, indemnizaciones por despidos arbitrarios, etc.) serían de naturaleza laboral, por lo que su tramitación debe estar a cargo del juez laboral.

Al respecto, la NLPT hace referencia expresa al caso al tratar el ámbito de la justicia laboral señalando que están excluidas de este *"las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo"* (artículo II del TP), declaración que puede entenderse incluso de manera más amplia, alcanzando a cualquier tipo de calificación que se le haya atribuido formalmente a una prestación para encubrir su naturaleza laboral, tal como lo manifestó el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2000, al señalar que si el juez (laboral) *"constata la existencia de un contrato de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan"*.

Un segundo tema comprende la discusión sobre el órgano competente para conocer los procesos de amparo en que se reclama la violación de un derecho laboral.

Si bien se trata de una materia que forma parte del derecho procesal constitucional, tal como señala Alonso Olea y Miñambres Puig, *"(…) son muy numerosos los recursos de amparo que deciden pleitos de trabajo y de seguridad social, ante las frecuentes alegaciones de las partes de violación de derechos fundamentales consagrados (…)"*[31].

Ello ha llevado a que se considere que el proceso de amparo que tenga por objeto la defensa de derechos laborales deber ser conocido por los órganos del orden jurisdiccional laboral. Ello, obviamente, sin perjuicio de que el

(31) ALONSO OLEA, Manuel y MIÑAMBRES PUIG, César. Ob. cit., p. 49.

Tribunal Constitucional[32], u órgano equiparable, conozca del tema en última instancia (extraordinaria).

En nuestro ordenamiento, el proceso de amparo nunca ha formado parte de la materia a cargo de los órganos del orden jurisdiccional laboral. La normas que han regulado este proceso encargaron su tramitación a los juzgados civiles (quienes a la fecha conocen de esta clase de procesos), con excepción de un breve periodo de tiempo en el cual dicha tarea estuvo asignada a los desaparecidos juzgados de derecho público. Por su parte, el Código Procesal Constitucional[33] (C.P.Const.), que entró en vigencia a fines del año 2004, señala que el juez competente para conocer el proceso de amparo es el juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante (art. 5).

Sobre el particular, se planteó como una opción que los procesos de amparo en que se denuncia un derecho laboral sean tramitados ante juzgados especializados en lo laboral, y no ante juzgados civiles. En ese sentido, el Proyecto de LPT del año 2005[34] proponía que los juzgados de trabajo conocieran los procesos de amparo en materia laboral (art. 6, num. 12), que, agregaba, debían ser tramitados "de acuerdo a la Ley de la materia", es decir, el CPConst.

Se trata de una propuesta bastante interesante considerando que la afectación de los derechos constitucionales se basa muchas veces en la aplicación de normas y principios del derecho material en discusión (civil, laboral, tributario, etc.), cuyo manejo es mejor conocido por los jueces especializados en la materia, los cuales además estarían en la obligación de manejar las instituciones del derecho constitucional.

Sin embargo, consideramos una opción más idónea que tales procesos sean conocidos por juzgados especializados en derecho constitucional, a fin de que se hagan cargo de los procesos constitucionales que se inicien, cualquiera sea el derecho vulnerado. Si bien esta postura puede presentar algunos inconvenientes, como, por ejemplo, el conocimiento que pueden tener los órganos antes citados del derecho cuya violación se afecta, también es cierto que en la tramitación de un proceso constitucional lo más importante es que este sea dirigido por jueces diestros en teoría constitucional (lo que, estaría garantizado).

(32) Órgano que no forman parte del Poder Judicial.

(33) Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004.

(34) Proyecto de Ley Nº 13410-2004-CR, presentado al Congreso de la República con fecha 25 de julio de 2005.

Además, ello solucionaría los inconvenientes que pueden surgir cuando la demanda de amparo denuncia la afectación de derechos de distinta naturaleza.

La NLPT, tal como sucede en el caso de la LPT, solo incluye entre las materias de competencia de las Salas Laborales al proceso de acción popular en materia laboral (artículo 3, numeral 1), no atribuyendo el conocimiento de los procesos de amparo basados en la afectación de derechos laborales a algún órgano del orden jurisdiccional laboral.

Dos temas finales que han sido objeto de discusión son la competencia para la tramitación de pretensiones referidas al pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el empleador al trabajador y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

En relación a la primera, la NLPT ha consagrado en su artículo 2, numeral 1, literal b, la posición mayoritaria que, de alguna manera, se había consolidado a nivel jurisprudencial, después de un debate bastante importante. En la citada disposición establece que es competencia del juzgado especializado de trabajo *"la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucrada en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio"*.

De esta manera, la NLPT le otorga al orden jurisdiccional laboral la competencia en materia de indemnización contractual por daños y perjuicios derivados de una relación laboral, sean de naturaleza patrimonial (lucro cesante y daño emergente) o extrapatrimonial (daño moral), situación ratificada por el Primer Pleno Supremo en Materia Laboral del año 2012[35].

Finalmente, un tema que fue materia de discusión por mucho tiempo es el referido a los pedidos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra pronunciamientos emitidos en sede laboral. En efecto, la LPT no consideró como parte de la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden laboral los reclamos que versan sobre la nulidad de pronunciamientos firmes dictados en un litigio seguido por fraude o colusión. Es más, la LPT no reguló dicha posibilidad, por lo cual para realizar un reclamo de ese tipo era necesario aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil (CPC).

(35) El Pleno acordó por unanimidad que "*Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por el daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional*".

La discusión sobre cuál sería el órgano competente para conocer estos pedidos llegó a la instancia jurisdiccional, donde la posición mayoritaria consideró que esta materia debía ser conocida por los jueces de trabajo, siendo inaceptable considerar que la necesaria aplicación del CPC impidiese ello(36). Dicha posición resultó la más acertada pues tratándose de una nulidad procesal cualquier juez está en aptitud de resolver un conflicto de este tipo, siendo el juez especializado en lo laboral el más idóneo debido a la materia que se ventiló en el proceso cuya validez se discute.

Sin embargo, atendiendo a los pronunciamientos contradictorios que se venían emitiendo, el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1998, se vio en la necesidad de discutir este tema. Como resultado de ello emitió la Recomendación Nº 2, la cual señaló que *"el Juez Laboral es competente para conocer de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que surge de un proceso laboral por la existencia de dolo, concesión o fraude de las partes intervinientes dentro del proceso laboral"*. El principal fundamento de tal recomendación fue el conocimiento que debe tener el juez sobre *"la naturaleza jurídica de la relación y la vinculación entre las partes"* y el hecho de que el juez de trabajo *"a la luz de los principios del derecho del trabajo y de la doctrina laboral tiene mayores elementos de juicio para calificar el contenido de la sentencia que es objeto de impugnación y para determinar la existencia de dolo, fraude, colusión o afectación del debido proceso"*.

El criterio antes citado se plasmó en el plano normativo con la Ley N° 27021 (de fecha 23 de diciembre de 1998), por la cual se otorgó expresamente competencia en esta materia a los juzgados laborales. Hoy, la NLPT reconoce expresamente en su artículo 2, numeral 1, literal k, la competencia del orden jurisdiccional laboral en esta materia.

(36) Sobre el particular, la Sentencia de Casación N° 2188-97-CALLAO (de fecha 21 de setiembre de 1988) no solo cuestionó la aplicación supletoria de esta institución (lo que es sumamente cuestionable), sino también, y en especial, su tramitación ante un órgano jurisdiccional no especializado. En tal sentido señaló (en su Quinto Considerando) que *"(…) si bien la Tercera Disposición Final del Código Procesal de Trabajo establece que en lo no previsto por esta ley, son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil, ello debe entenderse como una forma de facilitar el normal desarrollo de los procedimientos que le son propios, pero no para incorporar una institución orientada a invalidar sentencias firmes con un ordenamiento no adecuado a los derechos que en esta materia se discuten, máxime ante un organismo jurisdiccional que no tiene la especialidad (…)"*.

III. COMENTARIO FINAL

El ámbito del orden jurisdiccional laboral (o de la justicia laboral) ha ido evolucionando con el pasar el tiempo hacia tendencias más amplias, dejando su espacio clásico para ir abarcando más materias, más conflictos. Tal situación, lejos de presentarse como una patología, nos muestra la adaptabilidad del Derecho a nuevas necesidades de tutela efectiva. Mientras atienda a esas necesidades, todo cambio será bien recibido.

MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LABORAL DESDE 1988-2013

VICTORIA AMPUERO DE FUERTES[1]

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo señalar la reforma que ha sufrido la Ley Procesal de Trabajo desde la fundación de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social el 14 de julio de 1988, gracias a los estudiosos del derecho laboral doctores Luis Aparicio Valdez y Mario Pasco Cosmópolis.

En dicho año (1988), el proceso laboral se tramitaba ante el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 003-80-TR del 26 de marzo de 1980 con sus propias características, principios básicos y decisiones judiciales.

Posteriormente, se expide el Decreto Legislativo N° 384 del 29 de agosto de 1986 señalando la competencia del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales señalando entre sus principales características la competencia en materia de acción popular y las acciones contencioso-administrativas que se interpongan contra las resoluciones de la administración que causen estado en materia laboral. En los casos del recurso de nulidad, conocerá la Corte Suprema de Justicia. Igualmente, concordar entre los magistrados del Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales a nivel nacional las jurisprudencias emitidas por las salas respectivas, pudiendo dictar directivas al respecto.

(1) Ex Presidenta del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales. Ex Juez Supremo Provisional, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Del mismo, modo se dictó la Ley Nº 26636 el 21 de junio de 1996, entrando en vigencia dicho dispositivo a los noventa días de promulgada, modificándose la competencia en cuanto al recurso extraordinario de casación laboral y la aplicación de los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil.

Por último, tenemos la Ley Nº 29497 publicada el 15 de enero del 2010 Nueva Ley Procesal de Trabajo que entró en vigencia el 15 de julio del mismo año, aplicándose en forma progresiva en los distintos distritos judiciales designados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Este dispositivo nos plantea el cambio de estructura del proceso laboral pasando de lo escrito a la oralidad, concentrándose en una sola audiencia.

II. DECRETO SUPREMO Nº 003-80-TR DEL 26 DE MARZO DE 1980

Este dispositivo estableció una nueva regulación de los procesos en materia laboral.

1. Características:

- La Ley Nº 24514 del 4 de junio de 1986 en su artículo 8 dispuso que el trabajador despedido injustificadamente podía recurrir al Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales para que lo declare injustificado o improcedente derogando el Decreto Ley Nº 22126 del 21 de marzo de 1978 que establecía que las reclamaciones de reposición e indemnización por despido injustificado los conocía la Autoridad Administrativa de Trabajo (Ministerio de Trabajo).
- Se aplicaba los principios generales del Derecho de Trabajo como: los principios protectores *in dubio pro operario*, regla de la norma más favorable, la condición más beneficiosa, principio de la irrenunciabilidad de los derechos sociales, el principio de la buena fe y el principio de calidad de cosa juzgada de los fallos.
- Para la actuación de pruebas se citaba a las partes señalando día y hora para el comparendo, que era realizada por el secretario de juzgado conforme a las normas del Código de Procedimientos Civiles.
- Las pruebas que las partes podían ofrecer son las mismas que se presentan en la Nueva Ley Procesal de Trabajo como: documentos, inspección, confesión (declaración de parte) declaraciones testimoniales y pericia.

- El juez tenía conocimiento del expediente cuando ya se notificaba el proveído de *"Tráiganse para sentenciar si fuera su estado"*, ya que el secretario de juzgado tramitaba el proceso.
- **Decisiones judiciales:** el juez podía ordenar el pago de sumas mayores a las reclamadas si de lo actuado apareciese error en los cálculos de las liquidaciones **(sentencia *ultra petita*)**, artículo 50 inciso c.
- Los procesos finalizaban ante el tribunal de trabajo ya sea por el recurso de apelación o por el recurso de nulidad.

III. DECRETO LEGISLATIVO N° 384 DEL 29 DE AGOSTO DE 1986

Este dispositivo estableció nuevas competencias del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales.

- La acción popular por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expida el Poder Ejecutivo en materia laboral.
- Las acciones contencioso-administrativas que se interpongan contra las resoluciones de la Administración que causen estado en materia laboral.
- Cabe hacer mención que en la segunda parte del artículo 8 de dicho dispositivo señalaba que los vocales del Tribunal de Trabajo y Comunidades laborales podían concordar la jurisprudencia emitida por los diferentes tribunales de trabajo, pudiendo dictar directivas jurisdiccionales.

1. Importancia de las directivas jurisdiccionales

Por primera vez en los procesos judiciales laborales se impartían directivas jurisdiccionales, que era obligatoria su observancia para todos los magistrados laborales a nivel nacional.

Durante cinco años esta institución expidió directivas jurisdiccionales; entre las más importantes tenemos:

a. Directivas jurisdiccionales de 1986

a) Competencia para las acciones populares y contencioso-administrativas.

b) Indemnización especial por despedida según Decreto Ley Nº 22126.

b. Directivas jurisdiccionales de 1987

a) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo.

b) Remuneraciones devengadas por reposición.

c. Directivas jurisdiccionales de 1988

a) Pago de interés legal en las remuneraciones devengadas en el juicio de calificación de despido.

b) Interpretación del término de caducidad en las acciones de calificación de despido.

c) Pago de vacaciones del trabajador que cesa por derecho a la jubilación.

d) Retroactividad de derechos remunerativos por negociación colectiva.

d. Directivas jurisdiccionales de 1989

a) Pago de vacaciones truncas en contratos a plazo fijo.

b) Calificación de la tentativa de robo.

c) Efectos de los procesos administrativos disciplinarios.

e. Directivas jurisdiccionales de 1990

a) Determinación de la compensación por tiempo de servicios de obreros que pasen a la condición de empleados.

b) Consideraciones de las faltas graves previstas en la Ley Nº 24514.

IV. REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

- La reforma de la administración de justicia laboral se ha iniciado con la aprobación de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Le-

gislativo Nº 767 del 4 de diciembre de 1991 concentrando en el Poder Judicial la tramitación de los procedimientos laborales y la integración del Fuero de Trabajo al Poder Judicial, además se extiende la competencia a los jueces de paz letrados para conocer determinados reclamos de naturaleza laboral y posteriormente se expide el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 2 de junio de 1993 que en su artículo 1 señala: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes (…)"* [sic].

- La Ley Procesal de Trabajo Nº 26636 se ha estructurado de manera similar al Código Procesal Civil, que es una norma supletoria.

1. Efecto vinculante de la jurispurdencia

Antes de la realización de las Directivas Jurisdiccionales en Laboral y Plenos Jurisdiccionales en las distintas especialidades existentes en el Poder Judicial, los litigantes, abogados y estudiantes enfrentaban grandes dificultades por las continuas discrepancias que existían, dado que los magistrados empleaban diferentes criterios para resolver un mismo asunto.

Para solucionar estas discrepancias en los órganos jurisdiccionales se ha incorporado mecanismos para uniformizar los criterios.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nº 017-93-JUS del 2 de Junio de 1993 (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en su artículo 22 primer párrafo señala que las salas especializadas de la Corte Suprema ordenan la publicación trimestral en *El Peruano* de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que sean de obligatorio cumplimiento en las instancias judiciales.

2. Plenos jurisdiccionales laborales

a. **Definición:** son acuerdos emitidos por el conjunto de magistrados sobre un determinado conflicto en la que se ha expedido criterios contradictorios y proporcionan el espacio propicio de discusión y análisis, fomentando la capacidad interpretativa de los jueces.

b. **Base legal:** artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a la letra dice: *"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"*.

c. Objetivos

- **Capacitación:** del magistrado por el magistrado, donde los expositores, ponentes y participantes son los propios magistrados, tratando de lograr un juez interpretativo y creativo.
- **Modernización:** es la introducción de tecnología informativa, logrando que el magistrado ponga en práctica con la creación de banco de datos, redes interconectadas, para mejorar la calidad de servicio a los usuarios.
- **Moralización:** el unificar criterios permitió a los magistrados dictar resoluciones con certeza, mejorando su credibilidad a la opinión pública con honestidad, transparencia, competencia y vocación de servicio.
- **Descentralización:** estuvo asegurada con la participación de los magistrados en el área laboral de los Distritos Judiciales, a nivel nacional.

3. Plenos jurisdiccionales realizados

3.1. Primer Pleno Jurisdiccional Laboral en Cuzco en 1997: realizado el 28,29 y 30 de abril de 1997, siendo los temas:

1. **Competencia:**
   - Demanda laboral contra legación diplomática u organismo internacional.
   - Demanda laboral de beneficios sociales presentada por un obrero al servicio del Estado.
2. Actualización de deuda.
3. Prescripción.
4. Negociación colectiva peyorativa (*in peius*).
5. Convenio colectivo y discriminación.
6. Aplicación supletoria del Código Procesal Civil a los procedimientos regulados en la Ley Nº 26636.
7. Nulidad de despido.

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO ORGANIZADO POR LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Cabe destacar que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizó el Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo en el Cuzco los días 30 de abril, 1 y 2 de mayo de 1997, donde contó por primera vez con la participación de los magistrados de la especialidad laboral asistentes al Primer Pleno Jurisdiccional Laboral.

Participaron:

Expositores extranjeros:

- **Dr. Amauri Mascaro Nascimento** de la Universidad de Sao Paulo Brasil, con el tema "Órgano jurisdiccional".
- **Dr. Antonio Baylos Grau** de la Universidad de Castilla La Mancha (Toledo) con el tema "La conciliación previa al proceso en el Derecho español".
- **Dr. Emilio Morgado Valenzuela** de la Universidad de Chile con el tema "Medios de solución de los conflictos colectivos de intereses en el Sector Privado".

Ponentes extranjeros:

- **Dr. Mario Garmendia Arigón** de la Universidad de la República (Uruguay) con el tema "Mecanismos alternativos de solución de conflictos individuales de trabajo".
- **Dr. Andre Jobim de Acevedo** de la Universidad Católica de Porto Alegre (Brasil) con el tema "Solução dos Conflitos Individuais".
- **Dr. Octavio Bueno Magano** de la Universidad de Sao Paulo (Brasil) con el tema: "Solução dos Conflitos Coletivos".

Expositores peruanos:

- **Dr. Fernando Elías Mantero** con el tema: "Estructuración del Órgano Jurisdiccional en la Solución de los conflictos laborales en el Perú".
- **Dr. Ricardo Herrera Vasquez** con el tema: "Medios alternativos de solución de los conflictos individuales de trabajo; la viabilidad y eficacia de la conciliación administrativa".

- **Dr. Jaime Zavala Costa** con el tema: "Solución de los conflictos colectivos".

Ponentes peruanos:

- **Dr. Orlando Gonzales Nieves** con el tema: "La modificación de competencias del órgano jurisdiccional peruano en el ámbito laboral. Algunos aspectos problemáticos".
- **Dr. Paul Paredes Palacios** con el tema: "Fundamentos para la especialidad del proceso laboral".
- **Dr. Francisco Gómez Valdez** con el tema: Medios alternativos de solución de las controversias individuales.
- **Dr. Paul Paredes Palacios** con el tema: "El principio de facilitación probatoria: una propuesta para que el Derecho Laboral no sucumba ante la prueba".
- **Dr. Jorge Toyama Miyagusuku** con el tema: "La solución extrajudicial de controversias individuales de trabajo y el teorema de Coase".
- **Dr. Luis Vinatea Recoba** con el tema: "La conciliación en la Ley Procesal del Trabajo".
- **Dr. Alfredo Chienda Quiroz** con el tema: "El sistema de arbitraje laboral. Análisis de las modificaciones en el sistema peruano".
- **Dr. David Lobaton Palacios** con el tema: "Resolución extra jurisdiccional de conflictos jurídicos de trabajo. El caso peruano".
- **Dr. Mario Pasco Cosmópolis** con el tema: "En relación con el arbitraje por la última oferta en los conflictos colectivos".
- **Dr. Luigino Pilotto Carreño** con el tema: "Los conflictos colectivos de trabajo y el arbitraje como medio de solución".

4.3.2. Segundo Pleno Jurisdiccional Laboral 1998 realizado en Arequipa los días 15 al 18 de abril de 1998.

4.3.3. Tercer Pleno Jurisdiccional Laboral 1999 realizado en Trujillo del 11 al 14 de agosto de 1999.

4.3.4. Cuarto Pleno Jurisdiccional Laboral 2000 realizado en Tarapoto el 7 de julio de 2000.

V. LEY PROCESAL DE TRABAJO N° 26636 DEL 21 DE JUNIO DE 1996

Esta ley tuvo como fecha de vigencia a los noventa días de su publicación.

Características más importantes del proceso laboral

Características generales

Como señala el maestro y estudioso del Derecho Laboral Fernando Elías Mantero en su *Revista Actualidad Laboral* (octubre 1996, pp. 10 -13), podemos señalar lo siguiente:

1. En materia de competencia

a) Se mantiene dentro de la competencia de los organismos jurisdiccionales de trabajo (juzgados especializados o salas especializadas según el caso).

b) Conocimiento de las acciones contencioso-administrativas en materia laboral y de seguridad social.

c) Los juzgados especializados de trabajo conocen de las acciones de cese de hostilidad que en la Ley Orgánica del Poder Judicial eran de competencia de los juzgados de paz letrado.

d) Las controversias que se suscitan en aplicación de la legislación privada de pensiones.

e) A los juzgados de paz letrado se les ha conferido la competencia para conocer de las reclamaciones de los trabajadores del hogar, sin límite en cuanto al monto reclamado.

f) Recurso extraordinario de casación.

2. Estructura procesal: se establece las siguientes clases de procesos

a) Proceso ordinario laboral: son de competencia de los Juzgados especializados de trabajo. Características principales:

- Se interpone la demanda escrita, en la que debe ofrecerse los medios probatorios, acompañando los anexos.
- Admitida la demanda se corre traslado al demandado por el término improrrogable de diez días.
- El incumplimiento en la absolución del trámite de contestación de la demanda origina que el demandado incurra en rebeldía, lo

cual lo obliga a pagar una multa equivalente a dos unidades de referencia procesal.

- Audiencia única:

- Se verifica la identidad y personería de las partes y sus representantes.
- Se procede al saneamiento procesal.
- Se invita a las partes a conciliación.
- Fijación de puntos controvertidos.
- Actuación de las pruebas que es dirigida personalmente por el juez.
- Alegatos.
- Sentencia dentro de 15 días de concluida la actuación de pruebas.

b) Proceso sumarísimo: para la tramitación de los asuntos contenciosos que son de competencia de los juzgados de paz letrados.

c) Proceso de ejecución: para obtener el cumplimiento de obligaciones laborales que tienen "títulos de ejecución".

d) Proceso contencioso administrativo: para la declaración de nulidad del acto o resolución administrativa que se impugna.

e) Proceso no contencioso: se realiza de manera diferente a la forma como ella se lleva a cabo de acuerdo con el Código Procesal Civil.

f) Proceso arbitral: se reconoce la existencia de este en el artículo 104 señalándose que constituye una facultad de las partes de someter reclamaciones laborales a la vía arbitral de acuerdo con la Ley General de Arbitraje.

VIGENCIA DE LA LEY Nº 26636

Se sigue aplicando en los procesos iniciados durante su vigencia.

Procesos que se inicien en los distritos judiciales donde el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial no ha dispuesto la aplicación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 tenemos 16 corte superiores:

Amazonas	Huánuco	Piura	Ucayali
Áncash	Huaura	Puno	
Apurímac	Loreto	San Martín	

Ayacucho	Madre de Dios	Sullana
Huancavelica	Pasco	Tumbes

VI. NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO LEY Nº 29497

Se promulgó por el Presidente de la República el 13 de enero del 2010 y publicada en el diario oficial *El peruano* el 15 de enero del 2010.

Características generales

1. Características

- **La oralidad:** es un modelo de procedimiento laboral para alcanzar la verdad en los procesos, participando el juez que decida la causa, ya sea investigando la verdad, interpretando una norma y la aplicación del derecho en los hechos.
- **Empleo de mecanismos electrónicos e informáticos:** las actuaciones realizadas en audiencia, a excepción de la etapa de conciliación, son registradas en audio y video, utilizando un medio apto para garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido.
- **Notificación electrónica:** se realiza por casilla electrónica del Poder Judicial, es el que más se utiliza y hace llevadera la actuación procesal y el correo electrónico que las partes deben señalar en la demanda o en la contestación. Se notifican todas las resoluciones que se dictan en el proceso, salvo aquellas que la ley señala de manera expresa que deben realizarse por escrito.
- **Rol protagónico del juez:** el papel del juez es preponderante, porque dirige e impulsa el proceso.
- Medidas disciplinarias y sanciones a las partes y a sus abogados solidariamente.
- Recurso de casación no suspende ejecución de la sentencia.
- Aplicación de los precedentes vinculantes.
- Aplicación progresiva en los distritos judiciales, actualmente se aplica en 15 Cortes Judiciales de 31 distritos judiciales.

2. En materia de competencia

2.1. Juzgados de paz letrados laborales

a) Se ha incorporado la figura de los juzgados de paz letrados laborales teniendo un papel importante en la administración de justicia laboral por el incremento de la cuantía. Aparte por Resolución Administrativa N° 143-2010-CE-PJ del 21 de abril de 2010 el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial facultó a las cortes superiores de Justicia del país para que mediante su Consejo Ejecutivo Distrital o Sala Plena, dispongan las acciones que resulten necesarias para proceder a la especialización de los juzgados de paz letrados bajo su jurisdicción.

b) Se ha ampliado la competencia de los jueces de paz letrados para conocer los procesos ejecutivos cuya cuantía no exceda de cincuenta unidades de referencia procesal.

c) Igualmente, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 141-2010-CE-PJ del 21 de abril de 2010 dispuso que a partir de su vigencia, todos los juzgados de paz letrados en el Distrito Judicial de Lima asuman competencia sobre demandas a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), para cuyo efecto las demandas deberán observar que el juez competente es el juez de paz letrado del domicilio del demandado.

d) Los asuntos no contenciosos como es la consignación, autorización judicial para ingreso a centro laboral y entrega de documentos.

2.2. Juzgados especializados de trabajo

Se ha incorporado nuevas competencias a los jueces especializados de trabajo nuevas competencias como:

a) Responsabilidad 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. Este tema es importante dado que con la Ley Nº 26636 no era clara su aplicación por el juez laboral, algunos estudiosos señalaban que le correspondía al juez civil.

Que la Sala de Derecho Constitucional y Social tuvo un criterio diferente otorgándole competencia al juez de trabajo Expediente Nº Casación 287-2005-Tumbes su fecha 26 de setiembre del 2005, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de mayo del 2006 que a la letra dice en el punto sexto: *"Que, en efecto el Juez de Trabajo no solo resulta competente para determinar la indemnización que*

pudiera corresponder al trabajador por los daños patrimoniales que pudiera habérsele ocasionado en ejecución de su contrato de trabajo a consecuencia de una conducta dolosa o culposa de su empleador sino además por los daños extrapatrimoniales que origina un supuesto de daño moral (…) (sic)" y al declarar fundado el recurso de casación dispone que la presente resolución sienta precedente de observancia obligatoria. Posición esta que ha recogido la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

b) Actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral. Los afectados por los actos discriminatorios demandaban en la vía civil como indemnización de daños y perjuicios.

c) Actos de acoso moral y hostigamiento sexual y la Nueva Ley Procesal de Trabajo lo considera como un acto de hostilidad.

d) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral, en el Código Procesal Civil lo señala en el artículo 178 como cosa juzgada fraudulenta que se lleva a cabo como un proceso independiente y autónomo, que se tramita en la vía del proceso de conocimiento, en cambio la NLPT señala el trámite como proceso ordinario.

2.3. Salas laborales superiores

Se ha incorporado:

a) La anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la Ley de Arbitraje.

b) Las Salas Laborales de las Cortes Superiores son competentes para conocer en primera instancia, conforme al Decreto Legislativo Nº 1071 del 10 de julio de 2008.

3. Estructura procesal

3.1. Proceso ordinario laboral

a) Audiencia de conciliación: se presenta

- Con asistencia de ambas partes
- El demandante no asiste
- No asiste las partes

b) Audiencia de juzgamiento: se inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados, luego señala las reglas de conducta a las partes.

c) Etapas

- Confrontación de posiciones
- Actuación probatoria
- Alegatos
- Sentencia

3.2. Proceso abreviado laboral

a) Es el proceso que se aplica en la tramitación ante los juzgados de paz letrados laborales.

b) También se aplica excepcionalmente en los juzgados de trabajo en la tramitación de:

- Reposición: cuando esta se plantea como pretensión principal.
- Pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

3.2.1. Audiencia única

Se estructura a partir de la audiencia de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral.

4. Proceso contencioso administrativo

5. Proceso impugnativo de laudos arbitrales económico

6. Proceso cautelar

7. Proceso de ejecución

8. Proceso no contencioso

VII. PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

1. Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral: el 4 y 14 de mayo de 2012 se realizó el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, abordándose temas de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, a continuación se señala las conclusiones:

TEMA Nº 01: 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

a) Sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento en la vía laboral regulada por la Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 26636).

El Pleno acordó por unanimidad:

"Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo".

b) Sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 29497).

El Pleno acordó por unanimidad:

"Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única".

TEMA Nº 02: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

a) Sobre la competencia del órgano jurisdiccional laboral para conocer de las demandas de daños y perjuicios por enfermedad profesional, tanto por daño patrimonial como por daño moral.

El Pleno acordó por unanimidad:

"Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional".

b) Sobre la responsabilidad del empleador en los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional y su naturaleza contractual, así como la necesidad de calificar esta como tal por el demandante.

El Pleno acordó por unanimidad:

"Que la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional es de naturaleza contractual, y así debe ser calificada por el Juez independientemente de la calificación o de la omisión en la calificación por parte del demandante o del demandado".

c) Sobre la necesidad de que el demandante acredite los elementos de la responsabilidad civil

El Pleno acordó por unanimidad:

> *"Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales"*.

d) Sobre la forma de determinar el *quantum* indemnizatorio.

El Pleno acordó por mayoría:

> *"Probada la existencia del daño, pero no el monto preciso del resarcimiento, para efectos de determinar el quantum indemnizatorio es de aplicación lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas suficientes sobre el valor del mismo"*.

TEMA Nº 03: TRATAMIENTO DE LAS HORAS EXTRAS EN EL SECTOR PRIVADO Y EN EL SECTOR PÚBLICO

a) Sobre los trabajadores que no se encuentran sujetos a la jornada de trabajo y, por tanto, tienen derecho al pago de horas extras: trabajadores que cumplen labores intermitentes.

El Pleno acordó por unanimidad:

> "*Los trabajadores de espera, vigilancia o custodia, no están comprendidos en la jornada máxima solo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitent*e".

b) Sobre las limitaciones presupuestales como justificación para el no reconocimiento de horas extras en el Sector Público.

El Pleno acordó por unanimidad:

> *"Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del Sector Público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobretiempo. Si la relación laboral se encontrara vigente y el trabajador lo acepta, procede la compensación como una alternativa al reconocimiento económico del sobretiempo".*

c) Sobre la posibilidad de las entidades del Sector Público de compensar el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio.

El Pleno acordó por unanimidad:

> *"Existe la posibilidad que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio. Sin embargo, para ello, tal como en el Sector Privado, en necesaria la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad consignada en un acuerdo (convenio)".*

Comentario

Como se aprecia, los jueces supremos integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República están preocupados en la necesidad de unificar diversos criterios, para que a nivel de juzgados y salas laborales resuelvan de acuerdo a ley, pero aún deben tomar en cuenta los cambios en nuestra legislación laboral, es decir la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

2. **Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral:** en el mes de setiembre de 2013 se realizó el Segundo Pleno Jurisdiccional en materia laboral 2013, siendo los temas tratados:

   1. Tutela procesal de los trabajadores del Sector Público: agotamiento de la vía administrativa. Órgano administrativo competente para el agotamiento. Vía procesal judicial pertinente. Órgano jurisdiccional competente.
   2. Desnaturalización de los contratos. Casos especiales: Contrato Administrativo de Servicios (CAS)
   3. Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento: aspectos procesales y sustantivos.
   4. Remuneración computable para la compensación de tiempo de servicios y pensiones: regímenes especiales.

5. Competencia de los órganos jurisdiccionales laborales con la Nueva Ley Procesal de Trabajo y de los tribunales unipersonales.
6. Plazos para interponer medios impugnatorios: notificación y rebeldía.
7. Pensión mínima regulada por la Ley Nº 23908 y los incrementos establecidos en el sistema de seguridad social.
8. Caducidad de aportaciones de acuerdo con la Ley Nº 8433.

Comentario

Los temas señalados para el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral; todavía no se ha publicado las conclusiones.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- *Actualidad Laboral* N° 241- Julio 1996 Fernando Elías Mantero.
- ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores. Mayo, 2012.
- ARÉVALO VELA, Javier. *Comentario a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores. Febrero, 2011
- Manual de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Gaceta Jurídica. Diciembre 2010.

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA LEY Nº 29497

RÓGER E. ZAVALETA CRUZADO[1]

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal del Trabajo se considera como derecho adjetivo, envoltura protectora o continente del Derecho del Trabajo, porque su finalidad es la solución de las controversias que surgen en la ejecución de las relaciones de trabajo, por lo que los principios generales que inspiran a las normas adjetivas deben garantizar el cumplimiento de los que corresponden al derecho sustantivo.

El artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497 establece que el proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Las controversias que se ventilan en el fuero de trabajo se derivan de la relación de trabajo, por lo que en el Artículo III de la acotada ley a la enumeración anterior se añaden los principios de igualdad real de las partes, el privilegio del fondo sobre la forma, la interpretación de los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, la observancia del debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Finalmente, destaca que los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, impiden y sancionan la inconducta

(1) Ex Director de la Escuela de Post Grado y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo.

contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El principio de congruencia no ha sido objeto de mención expresa en la enumeración contenida en el Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Sin embargo, su aplicación es permanente en el procedimiento laboral.

II. CONCEPTO

El proceso se define como la concatenación de actos jurídicos, tales que cada uno de ellos es causa del que le sucede y efecto del que le antecede. Se inicia con la interposición de la demanda que determina la expedición de la resolución por la que se admite a trámite si cumple con los requisitos establecidos por la ley o de una resolución de inadmisibilidad, en caso de que la demanda no reúna alguno de esos requisitos; o, finalmente, puede ser objeto de una resolución de improcedencia si la demanda está comprendida en causal que la justifique.

La resolución que se expida debe notificarse a quien o quienes corresponda, para que pueda(n) ejercitar su derecho de impugnación, etc., y así, mediante esta concatenación de actos jurídico-procesales de las partes y los órganos jurisdiccionales competentes, ligados por un vínculo de causa a efecto, se llega hasta la ejecución del fallo respectivo. Pero en todo este itinerario se aplica el principio de congruencia.

En el Derecho Romano se establecía que *"La sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita; para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes, tanto lo imputado como lo sentenciado, el Juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes"*.

La congruencia como principio del Derecho Procesal se observa en todos los actos del proceso que se inicia con la interposición de la demanda y concluye con la ejecución del fallo (si es condenatorio) y se ordene el ARCHIVO del proceso. Por eso este principio es considerado como el "hilo conductor" que se encuentra presente en todos los actos procesales de las partes y los correspondientes a los órganos jurisdiccionales y personal administrativo dependientes de estos.

Por la importancia que reviste este principio, el hecho de que no haya sido considerado en la mención expresa de los principios a los que alude el Art. I del TP de la NLPT no significa que no deba aplicarse en el procedimiento laboral; pues su aplicación es imperativa a todo proceso para garantizar la eficacia de la administración de justicia, conforme a lo dispuesto por el inc. 3

del art. 139 de la Constitución Política del Estado, que prescribe que es principio y derecho de la función jurisdiccional, *"la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional"* y la congruencia integra el elenco de los principios operacionales para el cumplimiento de la finalidad protectora del Derecho Sustantivo de Trabajo.

III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO EN LA NLPT

1. Requisitos de la demanda

El art. 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; incluirse, cuando corresponda, el monto total del petitorio, así como el monto total de cada uno de los extremos que integran la demanda.

> *"A fin de determinar si se está ante una duplicidad de petitorios, se requiere realizar un análisis de la estructura interna de la pretensión principal. Esta estructura interna está conformada, en la generalidad de los casos, por los fundamentos de hecho y de derecho, elementos que son conocidos como* causa petendi*, siendo causa central el petitorio o* petitum*, que viene a ser el pedido concreto que el pretensor busca sea declarado por el órgano jurisdiccional"*. Cas. Nº 343-2001-Lima, *El Peruano*, 02/09/2002, p. 9152.

IV. REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN

El escrito de contestación debe formularse dentro del término legal correspondiente, con los requisitos previstos en la ley, pronunciándose con la debida motivación sobre cada uno de los extremos que contenga la cuestión controvertida y que resulten congruentes con las alternativas por las que pueda optar de su allanamiento u oposición total o parcial respecto de las pretensiones del actor.

V. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

El art. 139 de la Constitución, cuando se refiere a los principios de la administración de justicia, establece que:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(…)

5. 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 fundamentos de hecho en que se sustentan".

Este mandato constitucional concuerda con previsto por el inciso 6 del art. 50 y el inciso 3 del art. 122 del CPC, cuando, respectivamente, establecen que son deberes de los jueces en el proceso, fundamentar los autos y las sentencias, bajo pena de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia; y que las resoluciones judiciales contienen la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con las consideraciones en orden numérico de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

Eduardo Stafforini, en su obra *Derecho Procesal Social* (Editorial TEA, Buenos Aires, 1955, p. 507), afirma que *"La supremacía de la equidad en la interpretación del texto legal supone que los jueces de trabajo indaguen el espíritu que anima a la norma jurídica, lo que conduce a una aplicación menos rígida pero más humana de la ley. Dada la diversidad de las relaciones que nacen del trabajo, resulta sumamente difícil que el texto legal que las reglamenta provea la multiplicidad de situaciones posibles. De ahí que la interpretación deba tener en cuenta principalmente la razón fundamental que justifica la norma jurídica, lo que permitirá una aplicación extensiva, facilitando las soluciones de equidad en situaciones que, si bien no han sido directamente contemplados por el texto legal, se conforman con la intención del legislador".*

José María Obando Garrido, en su obra *Derecho Procesal Laboral (*quinta Edición, Ediciones Tunvimor), sostiene que *"Por regla general las sentencias que dictan los jueces deben ceñirse a lo que corresponden las pretensiones de los litigantes, en la demanda y su contestación. Las resoluciones judiciales se profieren en consonancia o coincidencia con las peticiones, existiendo una identidad completa entre lo que se pide y lo que se decide, según la oportunidad de las pretensiones; pudiendo, sin embargo, fallarse por menos de lo que se solicita (*minus cuam petita*) o absolviendo al demandado. Se aplica así el principio de la* intra petita *o de la congruencia".*

Luego agrega, *"La congruencia se da aunque actualmente ha entrado en crisis, en los procesos donde impera el sistema dispositivo, y no en el inquisitivo u oficio, en el cual las autoridades jurisdiccional impulsan la justicia".*

La jurisprudencia nacional se orienta decididamente en el sentido de aplicar el principio de congruencia, para resolver, en justicia, las controversias de compleja trama.

"Para que se cumpla con el principio de congruencia procesal, las resoluciones deben contener todos los puntos controvertidos establecidos en la audiencia. Deben contener aun los puntos que son difíciles de ser sustanciados, bien porque se ha empleado una inapropiada redacción en el documento o bien que existiera otro elemento que convierta en oscuro o ambiguo el punto controvertido. En este caso, el título contenido en documento mal redactado debe ser identificado".

VI. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LA ETAPA DE EJECUCIÓN

Conforme a lo previsto por el inciso 2 del art. 139 de la Constitución, ninguna autoridad 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.

El principio de congruencia en esta etapa se orienta a que lo resuelto en el proceso se cumpla en sus propios términos, de acuerdo con la garantía de independencia del Poder Judicial y la observancia del carácter público de las normas de procedimiento, dentro las cuales se enmarcan la celeridad en el trámite y la eficacia de lo resuelto, en relación con los puntos controvertidos.

José María Obando Garrido, en su obra Derecho Procesal Laboral (5ª Edición, Ediciones Tunvimor, p. 517), sostiene que*: "La resolución es la parte concreta, expresa, clara y precisa de la sentencia, con relación a todas las pretensiones del demandante y de la oposición del demandado, de sus excepciones y demanda de reconvención. Así, la resolución de la sentencia debe hacerse separadamente respecto a las pretensiones, de modo que no haya sobre cada una de ellas. Se resuelve primero la pretensión principal y luego las pretensiones subsidiarias; pero si no existe la pretensión principal, se empezará por las que prosperan y luego por las que deben desestimarse".*

Agrega, *"La sentencia resuelve todo el conflicto jurídico planteado en forma concreta y no genérica, puesto que la ley laboral determina los derechos, obligaciones y consecuencia de la relación o del contrato de trabajo".*

La actuación del juez en la etapa de ejecución debe ser congruente con los términos claros y precisos que contenga la resolución de su propósito.

La NLPT considera que la ejecución de las sentencias judiciales firmes, las actas de conciliación judicial constituyen títulos ejecutivos de acuerdo con lo previsto por el inciso a) del art. 57 y el art. 58 de la NLPT, por lo que deben hacerse efectivas en el proceso de ejecución contemplado en el capítulo V de la acotada ley; y deben ejecutarse exclusivamente ante el juez que conoció la demanda dentro del mismo expediente. Si la demanda se hubiese interpuesto ante una sala laboral, es competente el juez especializado de trabajo de turno.

Entonces, debe haber congruencia entre los términos de la resolución final y las medidas que se adopten por el juez para su cumplimiento, no siéndole permitido introducir nuevos elementos en esta etapa del proceso que modifiquen el sentido de la resolución que pasó en autoridad de cosa juzgada(2).

(2) Derecho Romano: *Sententia debet ese conformis, libelo, no est judes ultra, extra out, citra petita postulatum*.

NECESIDAD DE INTRODUCIR ALGUNAS MODIFICACIONES A LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO

FERNANDO ELÍAS MANTERO[1]

Después de una *vacatio legis* de 6 meses[2], la Ley Nº 29497 bautizada legislativamente como Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT, en adelante), comenzó a aplicarse, lentamente primero y después con un poco más de intensidad, pero aún no rige en todos los distritos judiciales de nuestro país.

Como en toda institución procesal nueva, el flujo de los procesos fue inicialmente más o menos rápido, sobre todo por comparación con la Ley Nº 26636, creando una sensación positiva de mejora con respecto a los procesos tramitados, bajo las reglas de la ley antes mencionadas que se veía como un instrumento desadaptado a la realidad moderna, que no permitía tramitar los procesos laborales con la celeridad que estos requerían. Hoy en día, algunos años después del comienzo de su aplicación en varios distritos judiciales del Perú y a escasamente un año en Lima, ya se advierten síntomas de una crisis que se avecina que solamente podrá ser evitada con la creación de un mayor número de juzgados y con la introducción de algunos cambios en la norma[3].

(1) Abogado por la UNMSM (1963). Doctor en Derecho por la misma casa de estudios (1973).

(2) Como sabemos la NLPT fue aprobada el 13 de enero de 2010 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de enero de 2010, sin embargo su implementación se llevó a cabo por primera vez el 15 de julio de 2010, en la ciudad de Tacna, conforme a lo dispuesto mediante la Resolución Administrativa Nº 232-2010-CE-PJ.

(3) Existe información extraoficial de que en algunas provincias la demora para citar la audiencia de juzgamiento es unos diez meses después de la de conciliación. En Lima ya hay juzgados que están citando a audiencia de juzgamiento seis meses después de realizada la de conciliación. De otro lado en las propias resoluciones judiciales los jueces para justificar el incumplimiento de los

La preparación de la Ley Nº 29497, apoyada en la preeminencia de la actuación probatoria en un esquema de audiencias y la mayor actuación procesal sustentada en la oralidad que implica un contacto directo y visual con el juez, dentro de un contexto nuevo, cuál es la aplicación masiva y generalizada tanto en el proceso como en la estructura judicial en las nuevas tecnologías (digitalización de actuados, notificación por vía electrónica y reportes judiciales a través del Internet), se sustenta también en una implementación informática de apoyo en diversas áreas de cualquier esquema procesal que se pueden considerar críticas como son:

a) *La notificación* que se producía de manera generalizada y casi sin excepciones en forma física y manual, lo que implicaba un "cuello de botella" que complicaba la tramitación del proceso y lo hacía vulnerable a nulidades(4).

b) *La revisión de planillas* que se tenía que realizar, manualmente y a través de un funcionario judicial dedicado a tal actividad y que ahora se desarrolla a través de la planilla electrónica que va extendiendo sus efectos a un mayor número de empleadores conforme transcurre el tiempo.

c) *La utilización bastante frecuente de la prueba de oficio* que generaba demoras y dilaciones en desarrollo del proceso tanto por la actuación de dichas pruebas como por las nulidades que generaba su no actuación, ya que era frecuente la anulación de sentencias por calificar los jueces superiores –e inclusive los de la Corte Suprema–, que los de la primera instancia no habían actuado prueba de oficio cuya actuación consideraban imprescindible para la solución de determinados procesos.

d) L*a existencia de diversos mecanismos* que de una manera u otra impedían el desarrollo de la actividad probatoria introduciendo diversas clases de demoras como era, por ejemplo, la necesidad de citar a los testigos o peritos en audiencias posteriores y la corruptela generada por el desarrollo lento y dilatado del proceso que era la continua presenta-

plazos legales, hacen referencia a la recargada labor procesal que tienen, lo que es el más claro indicador de la crisis que se avecina y que es necesario tomar medidas para evitar el colapso de un esquema procesal que está demostrando sus bondades.

(4) Esta situación persiste todavía en los procesos civiles que se desarrollan con la lentitud propia de nuestros esquemas procesales sustentados en el acto de la notificación personal y directa. También en los laborales que se desarrollan dentro del esquema de la Ley Nº 26636.

ción de pruebas que no obstante ser extemporánea en su mayor parte era recogido por los juzgados como "prueba de oficio".

I. CAMBIO DE PARADIGMA

El cambio de la estructura procesal de un sistema predominantemente escrito, como aquel que se ha venido aplicando durante siglos como consecuencia tanto de la cultura procesal sustentada en la existencia de un "expediente"(5) en el cual las actuaciones se iban acumulando en un contenedor fuera del cual no existía nada, fue generando una necesidad de cambio que comenzó a materializarse en el proceso penal que trata de desarrollarse también sobre el esquema de la oralidad, pero dentro de un sistema garantista que ha huido del inquisitivo, que ha sido el predominante desde siempre, en el cual el juez de instrucción era señor todopoderoso en la tramitación de la fase de la investigación y en el que el rol de la defensa estaba seriamente recortado. Entre los dos procesos mencionados el penal se ha ido implementando con mucha lentitud y solamente se aplica todavía en pocos distritos judiciales entre los cuales no se encuentran los más congestionados como es el caso de Lima y Callao, en los que la NLPT ya se viene aplicando con las dificultades propias de un territorio lleno de carga procesal y que, por lo general, es la fuente del fracaso de todos los esquemas procesales que se han adoptado(6). Frente a ello la reforma procesal laboral si bien comenzó en distritos judiciales de congestión baja o media, se ha extendido rápidamente a los de mayor demanda procesal, lo que permitirá llevar a cabo una evaluación completa que conduzca a determinar los cambios que deberán introducirse para consolidar el nuevo sistema procesal bajo condiciones de funcionamiento eficaz, evitando que se convierta a corto plazo en un instrumento ineficaz.

(5) Es conocida la famosa expresión que ha acompañado a esta etapa y bajo cuyo paradigma: *"Lo que no está en el expediente no está en este mundo"* que generaba en las partes como esfuerzo primordial que la prueba ingresara a este.

(6) Es un hecho sabido que no requiere de mayor comprobación por ser prácticamente un hecho notorio y evidente que hay una sobrecarga de trabajo como consecuencia de un número insuficiente de jueces, lo que constituye un mal endémico en nuestro sistema judicial. Hoy en día ningún proceso es cumplido dentro de los plazos que corresponden por mandato legal y la demora en resolverlos es clamorosa y sin visos de solución. Las acciones de garantía que deberían de resolverse aceleradamente tardan por lo general años. No son pocos los casos en que acciones de nulidad de despido se han resuelto ocho o diez años después con el consiguiente pago de remuneraciones devengadas.

II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL NUEVO PROCESO LABORAL

El nuevo proceso laboral se sustenta en la eliminación de los puntos de demora clásicos en todo nuestro sistema procesal y de manera especial en el laboral como son los que se mencionan a continuación pero no ha superado lo que es la deficiencia estructural más notoria, que es la designación de un número suficiente de jueces para poder cumplir con la carga procesal que se incrementa cada vez más.

Las características más saltantes de este sistema son las siguientes:

a) *La sustitución del sistema tradicional de notificaciones* por uno nuevo en el que la notificación, como regla general y salvo las excepciones del caso impuesta para determinado tipo de notificaciones, se realiza por vía electrónica o en forma directa en el curso de las actuaciones judiciales o concurriendo al juzgado para recibirlas(7). Además, ellas son colocadas en el sistema informático judicial, que está al alcance de los litigantes a través del Internet y que permite, aunque con ciertas limitaciones y dificultades, realizar un mejor seguimiento del expediente.

b) *El reemplazo de la planilla manual* por la electrónica, que permitirá eliminar otro de los puntos de demora del proceso laboral tradicional que era la revisión de planillas. Para este efecto es conveniente que el juez tenga acceso a la planilla electrónica, siendo necesario establecer reglas precisas para establecer la forma de actuación de este medio probatorio.

c) *La restricción de la prueba de oficio*, que por definición de la ley es "excepcional", lo que significa que su aplicación debe ser reservada a los casos estrictamente necesarios y que las partes deben asumir su responsabilidad en la carga probatoria que les corresponde.

d) *La obligación de las partes de contribuir activamente a la actuación de la prueba*, como es llevar de su responsabilidad y costo a los testigos y peritos, la que de ser incumplida determinará la no actuación de dichos medios probatorios.

(7) El funcionamiento de la notificación electrónica depende en gran parte de elementos técnicos como son el sistema de digitalización de la documentación que presenten las partes y de personal en cantidad suficiente para que lleve a cabo dicha labor. También dependerá de la limitación, en lo posible, de los medios probatorios que las partes ofrezcan.

e) *La presencia de un juez "protagónico"*, con facultades de dirección enérgica del proceso y disciplinarias intensas que si hace mal uso de las mismas pueden causar perjuicios procesales graves las partes afectando su derecho de defensa, limitándoles la facultad de cumplir con lo que les corresponde en función de la distribución de la carga de la prueba[8].

f) *Un sistema de registro de actuaciones procesales*, sustentado en las grabaciones de audio y video que permiten registrar y reproducir en tiempo real y con precisión lo actuado en el curso de la audiencia[9].

g) *Una sentencia que debe ser dictada* de inmediato una vez concluida la audiencia o excepcionalmente dentro de la hora siguiente como primera opción, o dentro de los cinco días siguientes como segunda opción. Este mandato legal elimina otro de los cuellos de botella tradicionales que era la espera de sentencia que debía ser expedida dentro del término de 40 días de terminada la actividad probatoria, plazo que nunca se cumplía y el periodo de espera de la sentencia era por plazos considerablemente mayores.

1. Proyectos de Ley Presentados para Modificar la Nueva Ley Procesal del Trabajo[10]

Desde el comienzo de la aplicación de la Ley Procesal de Trabajo se han presentado diversos proyectos de ley para modificar algunos de sus artículos. A la fecha se encuentran en trámite los siguientes proyectos de ley:

(8) Es el caso de la prueba de la justificación de despido, o de la hostilidad o nulidad de despido indicada.

(9) Es importante tener presente que la velocidad de desarrollo del proceso depende de la velocidad del instrumento de registro de las actuaciones procesales. En sus inicios, la actividad procesal quedaba registrada en actas confeccionadas en forma manuscrita por el "escribano" que las escribía de su puño y letra. Posteriormente, se permitió el uso de la máquina de escribir (instrumento prácticamente desconocido por las nuevas generaciones) que le dio un ligero incremento a la velocidad del proceso. La evolución de esta clase de equipos llevó a las máquinas de escribir con memoria que dieron comodidad en la corrección de textos y actas pasándose a la etapa actual de lo que llamamos la "computadora", propiamente ordenador, que permite almacenar textos y archivos para cambiarlos y transformarlos en otros ahorrando tiempo, pero generando también diversos peligros por la falsa sensación de seguridad que da el "copy and paste" y los errores que se originan por una inadecuada revisión de lo elaborado de esta manera. Finalmente estamos entrando a la etapa actual que es el comienzo de la actividad procesal futura que se sustenta en la grabación en audio y video que permite registrar la actuación en todos sus detalles desde que comienza hasta que termine (salvo los momentos procesales en que por mandato de la ley se suspende el registro).

(10) Así tenemos que la ley señala lo que el trabajador debe probar (como es el caso de la prueba de la justificación del despido, o de la hostilidad o nulidad de despido invocada).

a. **Proyecto de Ley 02597-2013-CR (02/09/2013):** busca reformar el artículo segundo de la NLPT para modificar la competencia de los juzgados especializados de trabajo pretendiéndose cambiar el inciso b) del mismo variando el criterio actual de la competencia de los jueces en los casos de demandas interpuestas por daños y perjuicios en contra de trabajadores, proponiéndose que este quede redactado en los siguientes términos:

> *"La responsabilidad por daño patrimonial o extra patrimonial, indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales; sobre la responsabilidad del empleador en los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional y su naturaleza contractual, así como la necesidad de calificar la misma como tal por el demandante incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio; el trabajador debe cumplir comprobar la existencia de la enfermedad profesional y el empleador el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales".*

El texto actual de la norma precisa:

> *"b) La responsabilidad 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".*

La segunda modificación propuesta a través del mismo proyecto de ley está referida a determinar la competencia de los jueces especializados de trabajo en la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento, y remuneraciones devengadas en dicho supuesto.

b. **Proyecto de Ley 2479-2012-CR (16/07/2013):** pretende modificar el artículo 1 de la NLPT - Nueva Ley Procesal del Trabajo para incorporar funciones adicionales a los juzgados de paz letrados laborales.

c. **Proyecto de Ley 02478-2012/CR (16/07/2013):** propone modificar el artículo 10 de la Ley Nº 29497 referente a la defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo o gobiernos regionales.

d. **Proyecto de Ley 02477-2012 (16/07/2013):** propone modificar los artículos 48 y 49 de la NLPT relacionados con la contestación de la demanda en el proceso laboral. Plantea establecer un plazo de diez días hábiles para cumplir con dicho trámite, poniéndose la demanda en conocimiento de la parte demandante a fin de que exprese lo conveniente haciendo uso de su derecho de defensa en la audiencia única. Este cam-

bio no resulta de tanta trascendencia en el caso del proceso ordinario laboral ya que la primera audiencia es fundamentalmente de conciliación y de preparación para la de juzgamiento.

e. **Proyecto de Ley 02475-2012-CR (16/07/2013):** pretende modificar el artículo 27 de la ley para extender la obligación de exhibición de planilla electrónica ordenada por los jueces de trabajo a los funcionarios competentes de las direcciones regionales de trabajo.

f. **Proyecto de Ley 00597-2011-CR (05/12/2011):** persigue modificar el artículo tercero del Título Preliminar, así como los artículos 16, 30, 35,.42, 43.49, 62 y 11 Disposición Complementaria de la ley en los términos que se indican a continuación.

2. Problemas específicos que se derivan de la práctica en la aplicación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo

La aplicación de la NLPT está produciendo una sensación de inseguridad e incertidumbre entre los abogados y público que recurre a la administración de justicia, que se origina como consecuencia de los vacíos y deficiencias de la propia ley que dan margen de gran discrecionalidad en su aplicación a cada juez. Ello es lo que determina la inexistencia de criterios uniformes de tal manera que algunos jueces proceden de una manera y otros de manera diferente con respecto a una misma situación. Como, por lo general, las decisiones procesales no son susceptibles de apelación, o si lo son llegan a la segunda instancia con la sentencia, como consecuencia de la apelación concedida sin efecto suspensivo y con efecto diferido el pronunciamiento sobre una incidencia procesal generalmente resulta innecesario o extemporáneo.

Lo señalado se origina por una pluralidad de factores pero fundamentalmente por el hecho de que la ley le ha conferido al juez un rol protagónico, que lo lleva en muchos casos a interpretar que está facultado para crear normas procesales de acuerdo con su concepción particular del proceso y de cada tipo de litigio, pero además alimentado por la deficiencia de la norma procesal que adolece de regulación específica de determinadas situaciones, lo que obliga a recurrir supletoriamente al Código Procesal Civil que por responder a la lógica tradicional del procedimiento escrito no es el instrumento más adecuado para resolver situaciones que no han sido expresamente regulados en la norma. En algunos casos se olvida un principio elemental consagrado en la Constitución, que señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Más adelante nos referiremos específicamente a esta situación, analizando lo que calificamos como corruptelas procesales.

Estos vacíos o defectos normativos se encuentran de manera especial en la regulación de la actividad probatoria que se encuentra normada en el subcapítulo V y en el que escasamente 9 artículos señalan las pautas relacionadas con la oportunidad de presentación de los medios probatorios, las características de la prueba de oficio, las reglas de la carga de la prueba y las reglas que se refieren a la actuación de los medios probatorios.

Esta regulación resulta insuficiente lo que lleva a los jueces a resolver de distinta manera lo que debería tener un tratamiento uniforme.

III. ANÁLISIS DE SITUACIONES ESPECÍFICAS QUE SE PRESENTAN

Consideramos necesario analizar algunas situaciones específicas que se dan dentro de la norma para determinar la conveniencia de que sean modificadas.

a. Es importante señalar con claridad los límites al rol protagónico del juez a fin de evitar el exceso de protagonismo que muchas veces suprime la imparcialidad que debe ser propia de su función. La presencia del juez inquisidor ha sido eliminada en el proceso penal justamente para garantizar la imparcialidad en el juzgamiento, ya que este muchas veces crea e impone su propia "teoría del caso". Hoy en día, el desarrollo del proceso depende mucho de la personalidad del juez[11]. En el caso especial del proceso laboral, el juez debe ser muy cuidadoso para mantener su imparcialidad y no sucumbir a la tentación de "ayudar" a una de las partes en función de su aparente debilidad procesal. Esta situación se puede dar de manera muy especial a través de una utilización indebida de la prueba de oficio o en las demandas interpuestas por formulario en que el trabajador no está obligado a la asistencia legal de abogado y que ante una situación procesal planteada (por ejemplo, la absolución de un traslado derivado de una cuestión probatoria), el juez se sienta obligado a cubrir dicha deficiencia indicándole la forma como debe proceder a contestar un traslado o dándole la respuesta respectiva que necesariamente tendrá que coincidir con su criterio, ya que no sería dable que sugiera una cosa y resuelva otra.

(11) Este es el motivo por el cual cuando el juez es nuevo o el abogado no ha tenido oportunidad de apreciar su actuación es usual que antes de la audiencia convocada se atienda otras audiencias conducidas por el mismo juez para conocer la forma de su comportamiento procesal.

b. Debería extenderse la utilización del proceso abreviado laboral a ciertas reclamaciones que actualmente están dentro del esquema de tramitación del proceso ordinario laboral y que son prácticamente de puro derecho. Entre ellas se sugieren: a) la impugnación de reglamentos internos de trabajo; b) el cese de actos de hostilidad del empleador, los actos de acoso moral y hostigamiento sexual. También deberá precisarse con un texto que no de origen a dudas que las remuneraciones devengadas a que se refiere la ley formen automáticamente parte de la pretensión de reposición cuando se plantee como pretensión única.

c. Resulta conveniente indicar con claridad las funciones del Ministerio Público en los casos de comparecencia al proceso por parte de un menor sin intervención de su representante legal. Podría establecerse la obligación de dicho Ministerio Público de intervenir obligatoriamente en representación del menor y establecer la participación obligatoria de un representante del ministerio.

d. Debe revisarse lo señalado en los numerales 8.2 y 8.3 a fin de delimitar los alcances del término defensa –que es diferente del de representación–, que se utiliza en los mismos al referirse a la forma de intervención de los sindicatos en lo que se refiere a sus afiliados.

e. No existe razón o fundamento para determinar la solidaridad del abogado con las multas impuestas a su patrocinado. Resulta injusto que al abogado se le imponga una responsabilidad solidaria por las multas impuestas a su cliente, pero este no responda solidariamente por las multas impuestas al primero, si es trabajador el tratamiento debería ser equitativo.

f. Consideramos que debería eliminarse la referencia al Código Procesal Civil en lo que se refiere a los requisitos de la demanda y contestación. Sería preferible establecer en la NLPT de manera específica y taxativa cuáles son estos requisitos sin hacer remisión a referido Código.

g. Es conveniente modificar el art. 24 referido a la conducción de los interrogatorios por parte del juez en el caso de las declaraciones de parte, testimoniales y de los peritos, a fin de que estos sean llevados a cabo en primer lugar por quienes han ofrecido dichos medios que son los que mejor conocen los hechos. Esta intervención protagónica del juez puede afectar la estrategia de defensa de quien ofreció el medio probatorio que es generalmente el que tiene la carga de la prueba con relación a la probanza.

h. Resultaría conveniente regular la forma en que se deben desarrollar los interrogatorios (tanto de las partes como de los testigos y peritos), dentro del nuevo esquema de la oralidad, a fin de uniformizar las reglas para su actuación. Las técnicas del interrogatorio del proceso oral han sido establecidas en el sistema penal que se sustenta en un esquema acusatorio a diferencia del laboral que va contra la corriente procesal de establecer sistemas garantistas optando por un sistema inquisitivo en extinción que reposa sobre la presencia de un juez protagonista-sancionador. No es conveniente que cada interrogatorio se realice sobre la base de los criterios diferentes.

i. La regulación de la actividad probatoria debe comprender la forma de actuación de todos los medios probatorios, incluyendo la prueba documental que no es objeto de mención alguna en la NLPT, salvo el caso de planillas que es el único mencionado por su naturaleza específica.

j. En el caso de la exhibición de planillas manuales debe eliminarse con legalización notarial, ya que esto puede introducir un costo adicional de tramitación del proceso en el caso de exhibiciones voluminosas. En todo caso, debería permitirse su exhibición a través de un medio digitalizado (CD ROM o similar), o con la calidad de declaración jurada.

k. Para evitar confusiones en lo que se refiere a la actuación de la prueba pericial, la ley debería señalar que la validez de la prueba está condicionada a la presencia del perito en la audiencia a efectos de su corroboración y permitir el control en su actuación por la parte contraria.

l. En el art. 42 se establece que la audiencia de conciliación en el proceso ordinario laboral debe ser fijada entre los 20 y 30 días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda. No existe dentro de nuestro sistema jurídico ninguna disposición similar. Esta regla puede generar perjuicios procesales a alguna de las partes bajo determinadas circunstancias. No es posible ni fácil poder predecir la fecha de la notificación del emplazamiento ya que este lo realiza un tercero. Podría darse el caso que la citación sea notificada: a) antes de los veinte días; b) entre los días 20 y 30; o c) después del día 30. De darse la primera situación, el demandado podría válidamente pedir la nulidad de la citación bajo el argumento de que se le está reduciendo el término mínimo para contestar la demanda, que sería de veinte días. De darse la segunda no lo podría hacer, salvo que se presente la situación que se analiza a continuación. En el tercer caso difícilmente podría presentar una nulidad, salvo que también se le presente la situación que se menciona. Todo ello se origina por el hecho de que la contestación de la demanda la entrega el empleador en el momento de la audiencia de conciliación.

m. El principal problema que plantea la redacción referida es si la notificación le llega con mucha proximidad a la fecha de la audiencia, situación que no está contemplada en la ley y que tiene que ser resuelta por aplicación de lo señalado en el art. 147 del Código Procesal Civil que establece: *"(…) Entre la notificación para una actuación procesal y su realización, deben transcurrir por lo menos tres días hábiles, salvo disposición distinta de este Código"*.

En este sentido, sería conveniente introducir una regla especial para su aplicación al proceso ordinario laboral que señalara que entre la notificación y la fecha de la conciliación no puede transcurrir un término menor equivalente al término que se concede para contestar la demanda en el proceso abreviado laboral.

n. Debería revisarse el concepto de rebeldía por no tener el representante del empleador facultades para conciliar. En un proceso con restricciones al derecho de defensa no es dable que se sancione a quién concurre a la audiencia sin facultades para conciliar. La conciliación es una facultad y no una obligación de las partes, debiéndose tener presente que si un representante no tiene facultades para conciliar es que no quiere hacerlo. Por ello no tiene sentido castigarlo con la rebeldía y sus efectos.

ñ. Debe optarse por una modificación de la forma y condiciones para la contestación de la demanda, señalándose un término para contestarla, o puede dejarse de tener en cuenta nuestra realidad procesal en sentido de que por la propia congestión del Poder Judicial este no puede cumplir con las actuaciones en los plazos señalados en la ley. No tiene objeto recortar el término para contestar la demanda a términos que no guarden con la disponibilidad que tiene los órganos judiciales para realizar las audiencia. ¿De que sirve otorgarle al demandado diez días para contestar la demanda si la audiencia ha sido realizada para seis meses después? Lo que sí de debería hacer es darle al demandado un plazo razonable para que conteste la demanda y eventualmente cumpla con cargas procesales bien definidas pero preestablecidas en la ley y no creadas por la decisión de cada juez.

1. ¿Quiénes deben tener un papel preponderante en el planteamiento de la reforma de la NLPT?

Si bien la reforma de una norma procesal tiene que respetar criterios doctrinarios básicos y fundamentales, el éxito de la reforma depende principalmente de la experiencia en su aplicación y debe iniciarse con la participación

de los principales protagonistas en su aplicación que son los jueces y los abogados litigantes. Para ello es conveniente preparar eventos en que participen conjuntamente exponiendo cada uno de ellos sus respectivos puntos de vista, para a partir de allí establecer una redacción adecuada que concilie ambas experiencias dentro de un texto equilibrado que compatibilice el rol del juez con el del abogado defensor, que no puede tener un rol secundario como aquel en que ha sido colocado por la NLPT.

IV. DESVIACIONES PROCESALES

Pasaremos a enumerar algunas de las principales desviaciones procesales que se vienen advirtiendo por parte de algunos juzgados y que surgen de las situaciones antes señaladas como son:

a) Las deficiencias en la redacción de la NLPT.

b) La falta de regulación concreta de una serie de situaciones procesales que deben ser establecidas con claridad a fin de establecer una respuesta uniforme a las incidencias que se presentan en cada proceso como consecuencia del esfuerzo de defensa.

c) El rol protagónico que la ley le concede al juez laboral, la falta de señalamiento preciso de sus facultades y la existencia de principios genéricos que se piensan pueden ser aplicados para resolver situaciones concretas no reguladas por la ley.

Así, observamos entre otras las siguientes conductas procesales:

a) Tendencia de dictar autos admisorios que van más allá de los regulado en la ley creando por vía judicial obligaciones y cargas procesales no contempladas expresamente en la NLPT.

La tendencia observada de dictar autos admisorios de la instancia de extensión inusitada desde nuestra perspectiva procesal tradicional en los que los jueces pretenden crear cargas procesales no previstas en la ley, recurriendo a principios genéricos que no son de aplicación para crear obligaciones que no se encuentran expresamente contenidas en la ley. De acuerdo con lo señalado en los arts. 42 y 48 de la NLPT, el auto admisorio debe contener la admisión de la demanda, el emplazamiento para contestar la demanda de acuerdo con cada tipo de proceso y la citación a las partes a la audiencia. No obstante ello, desde que se inició la aplicación de la NLPT, se viene observando el dictado de autos

admisorios de la instancia, lleno de obligaciones de cargas procesales no contempladas en la ley con sus consiguientes amenazas en casos de incumplimiento.

b) El establecimiento de exigencias y requisitos para la contestación de la demanda que tampoco están contemplados en la ley

Hemos tenido oportunidad de apreciar el criterio de un juez que declaró inadmisible una contestación de demanda en razón de no haberse acompañando recibo de tasa de notificación que de acuerdo con la Resolución Administrativa Nº 220-2009-CE-PJ, es exigible en los casos de notificación por cédula, pero que no tiene ninguna lógica en la contestación de la demanda que se notifica electrónicamente (si fuera el caso), o que se entrega a la mano en la audiencia única (en el caso del proceso abreviado laboral), o en la audiencia de conciliación (en el caso del proceso ordinario).

En otros casos se pretende introducir condiciones en la actuación de medios probatorios que no se han ofrecido o que deben ser recién objeto de pronunciamiento en la parte pertinente a la actuación de los medios probatorios en el curso de las audiencias respectivas.

c) La delegación de la redacción de la sentencia a un secretario auxiliar

Esto lamentablemente se tiene que dar como consecuencia de la propia carga judicial de todos los juzgados. Por la cantidad de audiencias que se realizan es materialmente imposible que el juez pueda dictar personalmente la cantidad de sentencias que tiene que dictar. No es posible desconocer que a NLPT les impone a los jueces una carga muy complicada que se inicia con la preparación para cada audiencia que tiene que ser muy completa, ya que no la puede conducir adecuadamente si es que no conoce el expediente en toda su extensión. Sigue con el desarrollo de cada audiencia y concluye con la redacción de la sentencia, que es un acto de reflexión que tiene que ser adecuada y entendible.

d) Rechazo de escritos anteriores a la presentación de la contestación de la demanda

En una ocasión hemos recibido en devolución a través de una notificación por cédula un escrito presentado inmediatamente después de ser notificados con una demanda recibida. A través de este se señalaban los domicilios procesales del caso (incluyendo el electrónico) y se acreditaba a los abogados patrocinantes. El fundamento de rechazo fue la

interpretación por parte del juez de lo señalado en el inciso c) del art. 42 de la NLPT que establece que a la audiencia de conciliación debía concurrirse con el escrito de contestación de la demanda, de lo que el juez concluía que con anterioridad a dicha oportunidad no debía permitir la presentación de ningún escrito. En estos casos, inclusive se exhorta o llama la atención al abogado para que se abstenga de presentar escritos "innecesarios".

e) Mandatos relacionados con la actividad probatoria ordenados fuera de la oportunidad procesal debida atentándose contra las etapas propias del proceso

Nos referimos expresamente al siguiente mandato judicial dictado en el auto admisorio de la instancia, invocándose indebidamente el deber genérico de colaboración y que señala textualmente:

"REQUIÉRASE a la demandada a fin de que en virtud del Principio de Cooperación, el mismo por el cual las partes colaboran en la realización del proceso, cumpla con presentar las boletas de pago (correspondientes al numeral 1) de los medios de prueba, las boletas de pago del mes de febrero de 2013, con la relación del pago de las comisiones de dicho mes, la carta que la demandada entregó al demandante con fecha 27 de junio del 2013, la sentencia judicial firme conforme al numeral 7 del ofertorio de prueba, el informe conjunto realizado por el demandante y el copiloto Juan Tapia Valdivia con fecha 20 de octubre del 2010, bajo apercibimiento de tenerse por cierto su incumplimiento de conformidad con lo establecido en el literal a) inciso 23.4 del art. 23 de la Ley Nº 29497".

La resolución transcrita dictada dentro del auto admisorio de la instancia contraviene expresamente diversos artículos de la NLPT como son:

a) Art. 42 de la NLPT que se refiere al auto admisorio de la instancia en el cual se hace referencia a los que este debe contener y se hace referencia a ningún tipo de mención o mandato referido a los medios probatorios que deben ser objeto de pronunciamiento sobre su admisión o rechazo en oportunidad posterior, en la que se pueden cuestionar estos a través de las cuestiones probatorias.

b) Se dicta un apercibimiento legal inexistente que además no está contemplado en la ley.

c) Se dicta un mandato de exhibición que correspondería ser dictado en todo caso en la etapa de la actividad probatoria de la audiencia

de juzgamiento y de ninguna manera fuera de la oportunidad procesal referida.

Lo fundamental

Lo más importante, fuera de las consideraciones antes señaladas, es aceptar que el éxito o fracaso de la norma procesal no depende tanto de las bondades o no de la NLPT, sino de la carga procesal que ha sido siempre el factor principal del fracaso de todo intento de tener una justicia que tenga los dos atributos que quisiéramos de ella que son: a) la seguridad; y b) la celeridad.

V. CONCLUSIONES

Es necesario introducir modificaciones a la NLPT con la finalidad de corregir ciertas deficiencias y defectos que ella tiene para hacer más segura y eficaz la administración de justicia laboral, creando reglas uniformes en su aplicación por parte de todos los jueces de la República y eliminando las discrepancias interpretativas y criterios particulares que se derivan de la norma legal que se viene aplicando.

Es necesario desde ya prever los mayores recursos humanos y materiales que se harán necesarios a fin de asegurar la aplicación efectiva y eficaz de la NLPT.

JURISPRUDENCIA LABORAL

LA JURISPRUDENCIA LABORAL DEL PERÚ EN LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS

JAIME BELTRÁN QUIROGA[1]

I. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

Los fallos de los tribunales de justicia de última instancia que resuelven uniformemente asuntos de trascendencia jurídica se convierten en normas de carácter supletorio que ayudan a la aplicación y la interpretación de la ley, constituyéndose en una fuente importante del Derecho.

En países que tienen como origen el Derecho anglosajón, la jurisprudencia adquiere un rango más trascendente, ya que las normas positivas que están concentradas básicamente en el Derecho común (*Common Law*), han sido formadas por fallos judiciales, por lo que se admite el proverbio que dice "El juez hace el Derecho" *(judge makes law)* ya que no se da prevalencia a la norma escrita, sino a la costumbre, de cuya lectura los jueces van dándole la forma de reglas aplicables a cada caso. De allí que la defensa ante los tribunales de justicia tenga que invocar el o los "casos" donde se haya resuelto una controversia semejante, como sustento de su derecho, identificando el "caso" por el nombre de las partes que intervinieron, la fecha en que se dictó y la corte o tribunal que lo resolvió.

En las naciones como la nuestra, en las que ha prevalecido el Derecho Romano-Germánico, adquiere prioridad la "Ley" como norma escrita elaborada

(1) Socio Director del Estudio Beltrán & Seminario Abogados-Asociados. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ex Docente de la Universidad de Lima.

por los órganos legislativos del Estado, llámese Congreso, Parlamento, cámaras legislativas, la misma que comprende varios niveles, desde el más alto que lo representa la Ley Fundamental del Estado, Constitución Política o Carta Magna, hasta las leyes orgánicas, generales, códigos, etc. El espíritu nomofiláctico (amor a la norma) de este sistema hace que la casi totalidad de nuestras instituciones socio jurídicas estén reguladas por leyes, cumpliendo con el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico que significa que el ordenamiento jurídico de una nación debe tener una norma para cada caso que se presente, de modo que no haya algún caso que no esté regulado por una norma del sistema, el cual debe ser pleno(2). Sin embargo, esto hace que se incurra en un exceso reglamentarista al tratar de regular todas las esferas donde se desarrolla la acción del Derecho, que se traduce en un volumen considerable de normas que, en el caso del Perú ha superado el número de 30 000 leyes en el último siglo republicano, con las que se deja poco espacio para la intervención de la jurisprudencia como fuente jurídica.

No obstante, aún en calidad de fuente subsidiaria o supletoria, la jurisprudencia desempeña un papel importante para cubrir los vacíos de la ley o, para ajustarla a la realidad social en que se aplica, ya que puede cumplir cualquiera de las siguientes funciones:

- **Integración:** definir una situación por carencia de normas específicas o, donde existe una laguna o vacío legal, logrando crear o recrear una nueva regla. Esto puede hacerse utilizando una fuente distinta a la Ley (heterointegración) como el Derecho Natural, la costumbre o la doctrina y también, valiéndose de otras normas (autointegración) a través de la analogía, la equidad o los principios generales del Derecho(3).

- **Elección:** seleccionar la norma justa para el caso, cuando hay un concurso de varias normas que tienen sentidos diversos. El criterio de justicia que tenga el juez es el que debe primar para elegir la norma aplicable al caso. En materia laboral ese criterio está dado por el principio de la norma más favorable al trabajador, que dice: "En presencia de varias normas, provenientes de distintas fuentes formales, debe aplicarse siempre la que más favorezca a los trabajadores"(4).

(2) TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Teoría general del Derecho*. Edición 2001, p. 605.

(3) Ídem, citado al Prof. Francesco Carnelutti, p. 607.

(4) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, 1978, p. 54.

- **Interpretación:** determinación del sentido y alcances de una norma jurídica que tenga diversos sentidos que produzcan duda sobre la forma de su aplicación a una situación de hecho, desentrañando y explicando el verdadero significado que contenga. El criterio de veracidad o corrección que tenga que emplear el juez para interpretar una norma es el que más se acerque a lo justo o correcto. En materia laboral también está predeterminado por el principio *in dubio pro operario* que favorece al trabajador, pero solo en el caso de duda.

- **Subsunción:** enlace lógico de una situación de hecho con la previsión abstracta, genérica e hipotética hecha por la norma legal(5). Es la aplicación clásica y exacta de una norma a un hecho que calza sin ninguna dificultad, duda o elasticidad.

El razonamiento judicial es el que permite estas operaciones lógicas de encaje de las normas jurídicas sobre las situaciones de hecho que presentan los conflictos sometidos a las decisiones de los jueces y, para ello estos disponen de las herramientas que se menciona anteriormente, con las cuales se construyen piezas jurídicas de importancia según el tipo de conflicto y la jerarquía del órgano jurisdiccional que resuelve.

Ese razonamiento se aplica en la elaboración de una sentencia en la que se debe ubicar claramente los hechos relevantes que han generado el conflicto jurídico que se plantea y, luego, determinar las normas aplicables al caso que pueden resolverlo, empleando los procesos lógicos necesarios para identificar los elementos de la norma en la estructura de los hechos, de manera que la coincidencia determine el derecho que se reconoce a una de las partes.

La motivación que deben tener obligatoriamente las resoluciones judiciales hace que posean un contenido doctrinario que recoge el análisis del caso en todos sus aspectos fácticos, de manera que construyen la base real donde se aplica el contenido de la norma, estableciendo el nexo o la congruencia que debe existir entre la norma y la situación de hecho. Por eso, *"el motivo es siempre la razón determinante que hace que la voluntad del juzgador se incline por una decisión"* explicada en la sentencia(6).

Al tener esa estructura las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales de máxima jerarquía o de última instancia tienen un contenido didáctico, enseñando la forma en que deben aplicarse las normas legales a los casos concretos, explicando los alcances de dichas normas cuando se producen

(5) FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*. Edición Cultural Cuzco, 1980, p. 551.
(6) GHIRARDI, Olsen. *El razonamiento judicial*. Edición Academia de la Magistratura, 1997, p. 101.

ciertos supuestos de hecho y, dando contenido normativo a sus fallos, de manera que si se reiteran uniformemente en casos similares, se convierten en *jurisprudencia*, cuya calidad los constituye precedentes de obligatorio cumplimiento.

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22 define a la jurisprudencia como el conjunto de ejecutorias de las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República, que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales y, recalca que *"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"*.

La jurisprudencia es una fuente importante del Derecho porque sirve como medio de interpretación y aplicación de la norma jurídica, a tal punto que según apreciación de Aníbal Torres: *"La ley es lo que los jueces quieren que sea, lo que quiere decir que la ley reina y la jurisprudencia gobierna"*(7).

De acuerdo a la procedencia de las ejecutorias que conforman la Jurisprudencia, esta también se especializa en las diferentes ramas del Derecho que son objeto de pronunciamiento en caso de conflictos jurídicos, siendo las principales la jurisprudencia *civil, penal, laboral y constitucional*, a las que se suman la administrativa, fiscal, comercial, minera y otras, que tienen una trascendencia particular en cada uno de sus campos, por lo que su estudio, análisis y aplicación adquiere relevancia especial.

II. EL TRIBUNAL DE TRABAJO EN LOS AÑOS OCHENTA

La jurisprudencia en materia *laboral* ha tenido su origen en el *tribunal de trabajo* que ha sido un órgano de justicia especializado creado allá por el año de 1941, con jurisdicción nacional sobre los juzgados privativos de trabajo esparcidos a lo largo de todo el país, los cuales estaban reservados inicialmente al conocimiento de los reclamos solo de los obreros, hasta que en el año 1971 por imperio del Decreto Ley Nº 19040 se les extendió la competencia sobre las acciones de los empleados –distinción superada entre trabajadores manuales e intelectuales–.

(7) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Ob. cit.

En 1975 se crea fugazmente el Fuero Privativo de Comunidades Laborales mediante Decreto Ley Nº 21109, que durante cuatro años marcha paralelamente al fuero de trabajo atendiendo los conflictos surgidos en el seno de las organizaciones comunitarias de trabajadores destinadas a la participación de estos en la gestión, la propiedad y las utilidades de las empresas, hasta que en 1979 el Decreto Ley Nº 22466 dispone la fusión de ambos fueros, bajo la denominación de "Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales", el cual es presidido por el Tribunal de Trabajo, con el añadido de "Comunidades Laborales"[8].

En esas condiciones este máximo Tribunal ingresa a la década de los ochenta que sirve de precedente a nuestros comentarios, recogiendo un prestigioso legado en su recorrido de cuarenta años de existencia. Se trataba de un tribunal compuesto por tres salas de tres magistrados cada una, con sede en la capital de la República, que resolvía los procesos laborales de todo el país, en segunda y última instancia, por lo que sus resoluciones causaban el estado de la cosa juzgada y, por tanto, no eran sujetas a revisión alguna, constituyéndose en ejecutorias que dictaban precedentes de aplicación obligatoria para los jueces de trabajo.

En esa época la legislación laboral peruana era incipiente, estaba en formación, ya que se trataba de una nueva rama del Derecho que se había independizado del Derecho Civil en los albores del siglo XX, de manera que había un número limitado de leyes, dentro de las cuales destacaban las siguientes:

- **Ley Nº 1378** que regulaba los accidentes de trabajo como responsabilidad de los empresarios.
- **Ley Nº 4916** que otorgaba beneficios sociales a los empleados particulares, constituyendo la base de lo que posteriormente se denominó Régimen laboral de la actividad privada.
- **Leyes Nºs 6871 y 10239** que formaron el concepto de la compensación por tiempo de servicios
- **Leyes Nºs 9049** y **13683** que se ocuparon de regular el beneficio del descanso anual obligatorio y remunerado, es decir, las vacaciones anuales para todo tipo de trabajador, sea obrero, empleado, privado o público.

(8) BELTRÁN QUIROGA, Jaime. *Hacia una justicia laboral eficaz*. Ponencia en el VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, 1996.

La aplicación de estas pocas leyes trajo la necesidad de reglamentarlas profusamente a través de decretos supremos y resoluciones del Poder Ejecutivo que se emitían sin ninguna relación orgánica de acuerdo al Gobierno que se encontraba de turno, de manera que se creó una confusión normativa que en ocasiones resultaba contradictoria y contraproducente, por lo que la única manera de entenderla y desenredarla era a través de los fallos judiciales, tornándose la intervención del Tribunal de Trabajo necesaria y esclarecedora, ya que a través de la *jurisprudencia* comenzó a establecer reglas de aplicación de los derechos laborales fundamentales que estaban pobremente regulados y así, organizar una estructura normativa que facilitaba la aplicación de la legislación laboral.

Los principales logros de la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo durante su permanencia en el ámbito jurisdiccional están referidos a los siguientes temas:

a) **Naturaleza de la relación laboral:** la definición del contrato de trabajo como base de todos los derechos y beneficios que surgen a favor del trabajador dependiente, está dada por las ejecutorias que se fueron pronunciando desde los primeros años de creación del Tribunal de Trabajo, señalando las principales características que debía tener aquel.

- **Ejecutoria del 18/05/1976, Exp Nº 3778-74:** es irrelevante el nombre que se le dé al contrato de trabajo que se caracteriza por la prestación subordinada a cambio de una remuneración(9).
- **Ejecutoria del 22/05/1980, Exp. Nº 3232-79:** para determinar la existencia de un vínculo de trabajo dependiente, prima el contenido de la relación y la forma en que se presta, sobre los términos del documento suscrito y la denominación que las partes hayan adoptado, por cuanto el contrato de trabajo es un contrato realidad(10).
- **Ejecutoria del 03/10/1980, Exp. Nº 0441-80:** el contrato de trabajo se caracteriza por la subordinación jurídica, económica y técnica del trabajador frente al empleador. La primera se manifiesta por la observancia de una jornada diaria de trabajo y los respectivos controles de ingreso y salida y, cumplimiento de determinadas órdenes. La subordinación económica se traduce en la percepción de un sueldo, salario o comisión por los servicios prestados, ade-

(9) DE LA TORRE UGARTE, Carlos. *Jurisprudencia del Trabajo*. Editorial Verbo, 1980.

(10) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. *Manual de Jurisprudencia Laboral*. H&M Ediciones y Servicios, 1993, pp. 137 y 151.

más de otros beneficios que señalan las leyes laborales y las normas convencionales. La subordinación técnica se expresa en la facultad del empleador de dirigir el proceso productivo de bienes y servicios señalando las condiciones en que, dentro de ese proceso, deben realizarse las prestaciones del trabajador.

b) **Régimen de contratación:** la distinción entre el trabajo permanente y el eventual dio lugar, desde muy temprano, a establecer que el plazo natural de duración del contrato de trabajo era indefinido porque correspondía a la labor permanente que requería el empleador por la finalidad de su actividad empresarial, sin embargo de lo cual podía necesitar servicios eventuales por excepción, dando lugar a que se le permita celebrar contratos a plazo fijo, para lo que debía cumplir con ciertos requisitos especiales que demuestren la transitoriedad de dichas labores. Esa distinción generó una corriente jurisprudencial que vaya señalando las excepciones de la regla general, que está mostrada con las siguientes ejecutorias:

- **Ejecutoria del 08/08/1983, Exp. Nº 1737-82:** los servicios eventuales o a plazo fijo deben de constar de contrato aprobado por la autoridad administrativa de trabajo, si no existe dicho contrato y no hay prueba suficiente, debe presumirse que se trata de contrato a tiempo indeterminado u ordinario(11).
- **Ejecutoria del 09/11/1975:** no surte efecto de contrato a tiempo determinado aunque esté aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, si el cargo o puesto es permanente[10].
- **Ejecutoria del 13/01/1976:** trabajadores con contrato a plazo fijo gozan de todos los derechos y beneficios de los demás trabajadores, con excepción de la estabilidad a partir del vencimiento del contrato[10].

c) **Vacaciones:** el derecho al descanso anual estaba regulado genéricamente como un "*descanso remunerado de 30 días después de laborar durante un año completo*", fórmula que no era suficiente para determinar cuántos días de labor efectiva debería cumplirse en el curso del año, qué remuneraciones se mantenían durante las vacaciones, qué pasaba si se interrumpía el récord laboral por voluntad ajena del trabajador –como el despido–, si se generaba algún perjuicio en el caso que se niegue el otorgamiento del descanso en su oportunidad y otras inquietudes más

(11) ANGULO ARGUMEDO, Jorge. *La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú*. Edición Studium, 1984.

que fueron resueltas por la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, estableciendo reglas que iban a dar el marco legal de este derecho. Algunas de las ejecutorias más saltantes son las siguientes:

- **Ejecutoria del 05/02/1980:** el pago de la remuneración vacacional corresponde solamente a los trabajadores que cesan después de haber cumplido un año cronológico de servicio y hayan laborado 260 días efectivos de trabajo. No procede en el caso del trabajador que cumple con solo uno de estos dos requisitos(12).
- **Ejecutoria del 29/04/1980:** procede el pago de los dozavos vacacionales por récord trunco en el caso de un trabajador que se jubila. Al igual que en el accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador no pierde el derecho vacacional trunco por cuanto la cesación del trabajo no se ha debido a la voluntad absolutamente libre del trabajador, pues estuvo condicionada al cumplimiento de exigencias legales[11].
- **Ejecutoria del 22/11/1985:** el derecho a la triple remuneración por falta de goce vacacional se refiere a la pérdida total del periodo de descanso, no así a la de algunos días de este, lo que más bien significa reducción del descanso permitido por la Ley y que genera únicamente el pago doble(13).

d) **Compensación por tiempo de servicios:** es el beneficio que mayores complicaciones tuvo en su aplicación práctica, ya que se definió con simpleza como *"El derecho al pago de un sueldo por año de servicios o fracción mayor de tres meses, al momento del cese"* por lo que requirió de una serie de fórmulas que permitan calcularlo o liquidarlo con claridad, siendo la jurisprudencia la que introdujo los conceptos de: Remuneración computable, acumulación de periodos de servicios, regularidad y fijeza de la remuneración, pago preferencial del beneficio, forma de reconocer el tiempo de servicios y otros más que han dado lugar a la elaboración de las normas legales posteriores a esta época que consolidan en un solo cuerpo normativo todos estos elementos. Algunas ejecutorias son las siguientes:

- **Ejecutoria del 20/01/1988:** cuando la remuneración se encuentra integrada por diversos conceptos cuyas sumas son variables, se calculará tomando el importe del total ganado en el último semestre o

(12) DE LA TORRE UGARTE, Carlos. *Jurisprudencia del Trabajo*. Tomo II, Editorial Ital Perú, 1983.
(13) Ibídem, Tomo III, Editorial Cosmos, 1987.

año, dividiendo el resultado entre el número efectivo de días laborables: 156 en el caso del semestre y 312 en el caso del año, siendo el coeficiente obtenido el importe del salario indemnizable[14].

- **Ejecutoria del 20/12/1985:** tienen carácter permanente los pagos que se hagan al trabajador con una frecuencia uniforme dentro del periodo al que corresponde, no requiriendo que esta sea necesariamente diaria ni mensual, como en el caso de los feriados trabajados y la asignación vacacional.
- **Ejecutoria del 14/05/1982:** en los casos de administración, conducción temporal de negocios, fusión, traspaso, cambio de giro, arrendamiento de maquinarias, herramientas, instalaciones, servicios y otros análogos, la acción de pago de beneficios sociales es persecutoria del negocio.

III. EL FUERO DE TRABAJO Y COMUNIDADES LABORALES

Un cambio sustantivo en la estructura del fuero de trabajo y comunidades laborales se produce en 1986 cuando se promulga el Decreto legislativo 384, el cual estableció la necesidad de *descentralizar* el Tribunal de Trabajo y aproximarlo a las diferentes zonas del interior del país, para lo que dispuso crear cuatro nuevas salas que absorbieran la transferencia que se dispuso mediante la Ley Nº 24514, de los procedimientos de reposición laboral que se ventilaban ante el Ministerio de Trabajo, los que sumados a los derivados del natural incremento de las causas propias que tenía en ese entonces, rebasaba su capacidad de resolución pronta y efectiva.

Para descentralizar las funciones del Tribunal sin quebrar su unidad estructural, se distribuyó el territorio nacional en cinco regiones que debían ser atendidas por Salas ubicadas en el distrito judicial de mayor importancia dentro de ellas que a la sazón fueron:

a) **Norte:** los departamentos de Áncash, La Libertad, Lambayeque, Piura, Tumbes, Cajamarca, Amazonas y San Martín, atendidos por un tribunal con sede en Trujillo.

(14) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. *Manual de Jurisprudencia laboral*. Ob. cit., 316.

b) **Centro:** los departamentos de Huánuco, Pasco, Junín, Huancavelica, Ayacucho y Apurímac, atendidos por un tribunal con sede en Huancayo.

c) **Sur:** los departamentos de Arequipa, Moquegua, Tacna, Puno, Cuzco y Madre de Dios, atendidos por un tribunal en Arequipa.

d) **Oriente:** los departamentos de Loreto y Ucayali, añadidos al de Ica y a la provincia Constitucional del Callao, con un tribunal en esta última provincia.

e) **Capital Metropolitana:** todo el departamento de Lima, con tres tribunales (exsalas).

La existencia de siete tribunales de Trabajo con el mismo rango y competencia material traería como consecuencia la dispersión de los criterios jurisprudenciales, ya que un mismo tema podía ser resuelto de diferentes maneras en las distintas regiones que se crearon, pero con la anticipación necesaria de la propia norma legal –D.L. Nº 384– dispuso que la Sala Plena del Fuero de Trabajo y CC.LL. (compuesta por los magistrados integrantes de los siete tribunales) se reúna una vez al año para concordar la jurisprudencia discrepante que se hubiera producido en ese periodo y emita lo que se denominó "Directivas jurisprudenciales" a las cuales se les dio carácter imperativo ya que deberían ser cumplidas por todos los jueces de trabajo a nivel nacional.

La relación de las directivas jurisdiccionales que han trascendido a sus épocas son las siguientes:[15]

- **D.J. 01-87 (10/07/1987):** el fuero de trabajo y comunidades laborales es competente para conocer y resolver las acciones de carácter laboral que plantean los socios trabajadores de las cooperativas de trabajadores, que hayan disuelto su vínculo laboral.

- **D.J. 02-87 (10/07/1987):** la compensación por tiempo de servicios del trabajador de la industria textil remunerado a destajo se calculará con el promedio de los salarios bases obtenidos en el último semestre laborado, al cual se aplicará el porcentaje de costo de vida vigente a la fecha del cese, más los conceptos remunerativos que deban incluir y la prima textil correspondiente.

(15) Ídem.

- **D.J. 06-87 (04/12/1987):** las sumas de dinero entregadas al trabajador en forma modal y condicionada a la liquidación o pago de beneficios sociales son compensables, se trate de empleados u obreros.

- **D.J. 07-87 (04/12/1987):** el derecho vacacional no gozado en su oportunidad se paga con la remuneración vigente en la época del descanso.

- **D.J. 09-87 (04/12/1987):** el promedio diario de las remuneraciones anuales de los obreros que se incorpora al salario indemnizable destinado al pago de su compensación por tiempo de servicios, se obtiene dividiendo el total percibido entre 312 días.

- **D.J. 15-88 (02/12/1988):** el término de 30 días calendarios para entablar la acción de calificación de despido, es un término de caducidad y la única interrupción y suspensión respecto a su cómputo es la señalada en el inciso 8 del artículo 1994 del Código Civil.

- **D.J. 18-88 (02/12/1988):** los trabajadores que cesen, encontrándose en trámite la negociación colectiva de trabajo, tienen derecho a los beneficios remunerativos que posteriormente obtengan por culminación de ella.

- **D.J. 02-89 (08/12/1989):** la tentativa de robo o robo frustrado no se encuentra tipificada dentro de los alcances del inciso c) del artículo 5 de la Ley Nº 24514, por carecer del elemento de culminación o ejecución.

- **D.J. 01-91 (06/12/1991):** la inscripción del trabajador en planillas debidamente autorizadas, dentro del término de Ley, no se encuentra sujeta a la naturaleza eventual o indeterminada de la relación o contrato de trabajo y, por ende, constituye el medio idóneo del empleador a efectos de determinar el alcance jurídico laboral entre las partes.

- **D.J. 02-91 (06/12/1991):** la procedencia de pago de utilidades o asignación anual sustitutoria, según corresponda, cuando el empleador no hubiere desvirtuado su percepción en el ejercicio económico controvertido.

Estas directivas jurisdiccionales se suspendieron en el año de 1992, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial –Decreto Legislativo Nº 767– en que se dispone la incorporación de los tribunales de trabajo en calidad de Salas Laborales a las respectivas Cortes Superiores de Justicia donde estaban ubicados, aunque se mantiene provisionalmente la jurisdicción supradistrital que les asignaba el D.L. Nº 384 *"hasta que se creen nuevas Salas especializadas en otros distritos judiciales"* según reza el 3er. parágrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de dicha Ley, de modo

que si bien cada Sala dependía administrativamente de la Corte Superior de su distrito judicial, jurisdiccionalmente atendía los asuntos de los juzgados de otros distritos, por razón de la especialidad que tenían.

IV. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

La tercera etapa de la evolución de la *jurisprudencia* en el Perú correspondió al máximo Tribunal de Justicia del país, el que si bien estaba reservado exclusivamente para ver solo asuntos civiles y penales, a raíz de la promulgación en el año 1996 de la Ley Nº 26636 que modificaba radicalmente el Proceso Laboral, se introdujo como una novedad el *recurso de casación* en dicho proceso, habilitando a una Sala de la Corte Suprema para que revise lo resuelto en los más de veinte distritos judiciales por salas que no eran necesariamente especializadas, ya que donde no había una de ellas intervenía una Sala Mixta, con resultados nada beneficiosos.

La implementación de esa instancia ya estaba prevista desde la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes citada, donde se creaba la Sala de Derecho Constitucional y Social para el conocimiento de los casos de materia laboral (parte del Derecho Social) además de los de materia constitucional, agraria y contencioso-administrativa, todo lo que después representó un volumen considerable de expedientes que saturaron la capacidad de esa Sala, motivando que se cree dos Salas Transitorias adicionales de la misma denominación, con las que recién se está tratando de poner al día el despacho.

La regulación del Recurso de Casación fue cambiada dos años después por la Ley Nº 27021, restringiéndose la interposición de este recurso a casos especiales, por razón de la cuantía de las pretensiones que se ventilaban en el proceso, que tenían que superar las 100 Unidades de Referencia Procesal, también de la materia que era motivo de impugnación, reservando solo las cuestiones de Derecho Sustantivo y negando el acceso cuando se quería cuestionar la parte Adjetiva del proceso. Tampoco llegan en casación los autos expedidos en el proceso, aun cuando pongan fin al proceso, porque solo se revisan las sentencias, siempre que hayan sido expedidas en revisión por las Cortes Superiores de Justicia, no hay casación por salto, de modo que un proceso iniciado en un Juzgado de Paz Letrado no puede llegar a la Corte Suprema aun cuando tenga dos instancias.

A esas restricciones se suma la calificación previa del Recurso sobre las formalidades que debe contener, de manera que si no cumple con alguna se le declara improcedente y la Corte se ve impedida de revisar el fondo del asunto,

sin emitir pronunciamiento sobre el contenido del conflicto jurídico. Después de todos estos filtros queda poca materia que revisar y es por eso que la Corte Suprema no exhibe una producción interesante de fallos que denoten alguna corriente jurisprudencial capaz de sentar bases para cambiar las instituciones del Derecho Laboral.

Sin embargo, con el ánimo de compensar esa deficiencia, la Corte Suprema ha retomado la actividad deliberativa de los magistrados laborales convocando a los *plenos jurisdiccionales* que se experimentaron con el anterior fuero de trabajo, los cuales sirvieron para extenderlos a las otras especialidades: civil, penal y familia. Es así que bajo la dirección de la Sala Suprema especializada en cada materia, se reúne a los jueces superiores de la rama de todo el país, en una sede variable, colocando en la agenda los principales temas que tengan pronunciamientos controversiales en las instancias superior o suprema, los cuales se debaten en el pleno y se someten a votación para establecer el criterio que tenga la mayoría de consenso, que es el que tiene que prevalecer en las decisiones de todas las instancias, eliminando las discrepancias.

Los principales *acuerdos* que se han tomado en los plenos jurisdiccionales laborales habidos en los últimos quince años son los siguientes[16]:

PLENO JURISDICCIONAL LABORAL 1997

1. **Competencia en demanda laboral contra legación diplomática u organismo internacional:** el juez de trabajo peruano podrá admitir la demanda interpuesta contra una legación diplomática de Estados Extranjeros u organismos internacionales en tanto que de las pruebas acompañadas a ella no fluya de manera notoria su incompetencia.

2. **Actualización de deuda:** el juez podrá actualizar los créditos laborales cuando estén expresados en un signo monetario que haya perdido sustancialmente su capacidad adquisitiva por efecto de una devaluación significativa, en tanto se encuentren pendientes de pago antes de la conclusión del proceso, utilizando como factor de actualización la remuneración mínima vital o concepto que la sustituya.

3. **Prescripción:** el plazo de prescripción de los beneficios de carácter laboral se computa conforme a la norma vigente al momento que la obligación sea exigible, salvo que por norma posterior se estipule un plazo distinto, en cuyo caso la prescripción operara en el que venza primero.

(16) LEGIS PERÚ S.A. (Varios). *Régimen laboral peruano*. Edición *on-line*.

4. **Negociación colectiva peyorativa *(in peius)*:** en la aplicación de un convenio colectivo de trabajo en el que se haya pactado un beneficio menor al vigente establecido por convenio colectivo anterior, el juez deberá observar que no se vulneraron los mínimos indisponibles por la normativa estatal, y que en tal acuerdo los trabajadores hayan sido representados de conformidad con el artículo 49 del Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, o su norma sustitutoria.

5. **Nulidad del despido:** en los procesos en que se ventile la nulidad del despido, si bien el juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido.

PLENO JURISDICCIONAL LABORAL 1999

1-A **Caducidad:** para efectos de la suspensión del cómputo del pazo de caducidad a que se refiere el artículo 36 del Texto Único Ordenado (TUO) del Dec. Leg. Nº 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral– aprobado por el D.S. Nº 03-97-TR, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58 del D.S. Nº 02-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36 del TUO.

1-B **Abandono:** en el proceso laboral no procede la declaración de abandono, por lo que no se aplican supletoriamente las normas del Código Procesal Civil que regulan este instituto. Los jueces que administran la justicia laboral tienen la responsabilidad de cumplir eficazmente con la obligación que le impone el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo sobre la dirección e impulso del proceso a fin de obtener la resolución de las causas en el menor tiempo posible.

2. **Intereses por remuneración vacacional impaga**

a) Cuando el vínculo laboral se encuentra vigente, el pago de la remuneración vacacional adeudada generará intereses, a partir del día siguiente en que ocurrió el incumplimiento, solo si desde la indicada fecha y hasta la oportunidad en que se hace efectivo el pago, no se produjo incremento de remuneración. De haber ocurrido incremento de remuneración, entonces no procede el pago de intereses.

b) Si se ha producido el cese, el pago de la remuneración vacacional adeudada se efectúa con la remuneración vigente a la fecha de este

más los intereses legales que se generen a partir del día siguiente del mismo, y hasta el día de su pago efectivo. De no haber ocurrido incremento de remuneraciones desde el vencimiento de la oportunidad del goce del descanso vacacional hasta la del cese del trabajador, entonces procederá el pago de intereses desde el día siguiente en que ocurrió dicho incumplimiento.

3. **Prescripción de la acción laboral:** el plazo de prescripción de las acciones por derechos derivados de la relación laboral se interrumpe con la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional.

4. **Compensación por deudas recíprocas:** no procede la compensación de deudas entre la Compensación por Tiempo de Servicios y el monto mandado pagar en un proceso penal por concepto de reparación civil. Sí procede la compensación entre la indemnización por despido arbitrario y la indemnización por daños y perjuicios mandadas pagar al trabajador

5. **Incompetencia de los juzgados de trabajo para determinar monto de las retenciones de tributos:** los juzgados de trabajo no son competentes para determinar las retenciones a cargo del empleador del Impuesto a la Renta y de cualquier otro tributo o aportación sobre los reintegros de remuneraciones ordenados pagar a favor del trabajador. La responsabilidad de establecer el monto de la retención corresponde al empleador.

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL LABORAL 2008

1. **La indemnización por daños y perjuicios en materia laboral**

   a) El juez laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo.

   b) Las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas en uno de pago de beneficios sociales y/o en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Estas pretensiones pueden demandarse en forma acumulativa o en procesos independientes

   c) Los intereses legales en los procesos de indemnización por daños y perjuicios, en materia laboral, deben calcularse a partir del emplazamiento del demandado

2. **Responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales:** Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran

los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

3. Proceso de ejecución de resolución administrativa

En los procesos de ejecución de resolución administrativa es procedente la apelación que interponga la emplazada contra la resolución que contiene el mandato de ejecución.

Resulta procedente la formulación de excepciones en un proceso laboral de ejecución de resolución administrativa

4. Medidas cautelares en el proceso

Las medidas cautelares en materia laboral se encuentran previstas en el artículo 100 de la Ley Procesal de Trabajo. Asimismo, en el proceso laboral son procedentes todas la medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente.

PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL 2012

1. Pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento

a) **Ley Nº 26636:** los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo.

b) **Ley Nº 29497:** los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única.

2. Indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales

a) **Competencia:** los jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo Nº 26636 y en la nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional.

b) **Responsabilidad:** La responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional es de naturaleza contractual, y así debe ser calificada por el juez, independientemente de la calificación o de la omisión en la calificación por parte del demandante o del demandado.

c) **Prueba:** El trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales.

d) ***Quantum*:** Probada la existencia del daño, pero no el monto preciso del resarcimiento, a efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio es de aplicación lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas suficientes sobre el valor del mismo.

3. Tratamiento de las horas extras en el sector privado y en el sector público

a) **No sujetos a jornada:** Los trabajadores de espera, vigilancia o custodia, no están comprendidos en la jornada máxima solo si es que su prestación de servicios se realiza de manera intermitente.

b) **Presupuesto:** Las limitaciones presupuestales no privan a los trabajadores del Sector Público de gozar del pago de horas extras si se ha realizado trabajo en sobretiempo. Si la relación laboral se encontrara vigente y el trabajador lo acepta, procede la compensación como una alternativa al reconocimiento económico del sobretiempo.

c) **Compensación:** Existe la posibilidad de que las entidades del Sector Público compensen el pago de horas extras con periodos de descanso sustitutorio. Sin embargo, para ello, tal como en el Sector Privado, es necesaria la aceptación del trabajador y su manifestación de conformidad consignada en un acuerdo (convenio).

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente, el Tribunal Constitucional que es un órgano autónomo creado desde la Constitución Política de 1979, bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, ratificado en la Carta de 1993, es otro de los órganos jurisdiccionales que ha ocupado gran parte de su actividad al conocimiento de los casos laborales y previsionales que se han venido planteando a través de la vía del *amparo constitucional*, en vista de que el *trabajo* ha sido

considerado como uno de los derechos fundamentales del ser humano en todas nuestras Constituciones, en las que se destina varias normas a la institucionalización de los derechos laborales básicos.

Nuestros jus laboralistas Jaime Zavala y Fernando García[17] ya comentaron la trascendencia de la intervención del Tribunal Constitucional en estas materias cuando dicen que *"El criterio más importante ha sido el reconocimiento explícito de que el trabajador como persona puede oponer el ejercicio y defensa de derechos fundamentales en el seno de la empresa y de la relación laboral, es decir, de los denominados 'derechos inespecíficos laborales'. A diferencia de los derechos laborales que tienen un contenido esencial y una regulación a través de la cual se conceden en forma expresa una serie de derechos y beneficios al trabajador, existen una serie de derechos que se conceden a la persona y no propiamente en su condición de trabajador, lo cual no significa que el trabajador no puede ejercerlos (…) el Tribunal desarrolla la tesis del amparo contra particulares y la eficacia directa de los derechos fundamentales, concluyendo que '(…) no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujeto al régimen de la actividad privada. Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violación de derechos se pudieran presentar'".*

La sustentación de la intervención del Tribunal Constitucional en temas laborales está dada por la defensa de los derechos laborales inespecíficos, que a juicio de la doctrina que maneja –invocada por Juan Carlos Cortez–[18] son los siguientes:

a) Derecho a la igualdad y no discriminación

b) Libertad ideológica y religiosa

c) Derecho al honor

d) Libertad de expresión

e) Derecho a reunión

f) Debido proceso y tutela jurisdiccional

(17) ZAVALA COSTA, Jaime y GARCÍA GRANARA, Fernando. "Coyuntura y perspectivas de la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional". Artículo de *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia Laboral y Previsional*. Edición SPDTSS, 2004.

(18) CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. "Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional". Artículo de obra citada.

Fuera de ellos el derecho que ha merecido la mayor cantidad de pronunciamientos y definiciones de parte del Tribunal Constitucional, a lo largo de su existencia, es el de *estabilidad laboral* que está destinado a proteger al trabajador contra el *despido arbitrario*, proscrito por nuestra actual Ley Fundamental de 1993, habiendo llegado a clasificar las variables de esta forma de terminación del vínculo laboral, para determinar cuál es la vía idónea para defenderlo, si es la constitucional o la ordinaria, aceptando para la primera las siguientes:

a) **Despido incausado:** También lo denomina ad nútum en su acepción latina, es el que se produce sin expresión ni existencia de causa, donde el empleador desafora al trabajador de su puesto, de manera verbal, fáctica o incluso escrita, sin mencionar algún motivo de su decisión.

b) **Despido fraudulento:** Se produce cuando ocurre alguna de las siguientes circunstancias:[19] i) El empleador despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; ii) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; iii) Se atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente; iv) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad y, v) Se fabrican pruebas.

c) **Despido nulo:** Ocurre cuando la motivación real del despido vulnera alguno de los derechos fundamentales del trabajador como la libertad sindical, la igualdad, la maternidad o el derecho de petición –señaladas por la Ley.

VI. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia laboral en el Perú ha marcado las pautas para mejorar las normas legislativas que conforman el Derecho Laboral peruano, anticipándose a las reformas y señalando los defectos y omisiones que contienen. Producto de la primera etapa de esta jurisprudencia fue la reforma ocurrida en el año de 1991 en que se intentó codificar la Legislación Laboral dictando un paquete de decretos legislativos que se encuentran en vigencia hasta ahora y que han concentrado toda la normativa dispersa y confusa que existía hasta ese entonces.

(19) MORALES CORRALES, Pedro. "Derecho al trabajo y despido arbitrario: Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional". Artículo de obra citada.

Las reformas procesales también han recogido la jurisprudencia existente, cuyo contenido no está limitado a temas sustantivos sino que aloja también una parte Adjetiva importante. Las dos últimas Leyes Procesales de Trabajo –la Nº 26636 y la Nº 29497– han recogido la experiencia de los tribunales de justicia.

El rol de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, que son los entes rectores de la jurisprudencia nacional, debe estar comprometido con la mejora en calidad de sus fallos y la uniformidad que debe existir entre ambos.

SEGURIDAD SOCIAL

25 AÑOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES EN EL PERÚ

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT[1]

Transcurría el mes de agosto del año 1988 cuando se constituye nuestra homenajeada, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y el país atravesaba por una época de grandes dificultades en muchos aspectos. El fenómeno del terrorismo crecía inexorablemente sin visos de solución a corto plazo, la inflación aumentaba galopantemente y la crisis económica era una realidad tangible, entre otros factores adversos. En tal contexto no es de extrañar que en el ámbito de la previsión social se pudiera apreciar que el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) fuera uno de los principales afectados con tal estado de cosas.

Además, en dicho ámbito el SNP coexistía con el Régimen Previsional del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530, que inicialmente fue diseñado como un régimen cerrado para un número limitado de trabajadores al servicio del Estado pero que resultando muy atractivo en sus beneficios, se habían promulgado una serie de normas con rango de ley que permitieron su reapertura, generando que el número de sus afiliados se incrementara exponencialmente llevando a que los recursos que lo financiaban devinieran en insuficientes para sostenerlo. Ello llevaría a que el Tesoro Público afrontara dicha situación transfiriendo cada vez mayores recursos económicos que permitieran cubrir las obligaciones que debían cumplirse en este régimen previsional.

(1) Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Ex presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Como consecuencia de lo anterior, en el transcurso del tiempo se plantearían ajustes y reformas a los regímenes pensionarios existentes, al igual que el surgimiento de un nuevo mecanismo de protección social, el Sistema Privado de Pensiones, cuyo propósito esencial era contrarrestar las sustantivas dificultades experimentadas en la Seguridad Social en Pensiones.

No obstante, estas medidas no fueron suficientes, por lo que en la última década se han venido emitiendo nuevas disposiciones en materia previsional, que tuvieron por propósito estabilizar el Sistema.

I. EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

En el año 1973, se expidió el Decreto Ley Nº 19990, cuyo propósito fue unificar los regímenes pensionarios existentes. De esa manera se constituyó el Sistema Nacional de Pensiones, el que se instauró como régimen unitario y de carácter público, propiamente un sistema de Seguridad Social basado en el reparto; situación que se mantuvo hasta fines del año 1992, como veremos más adelante.

Así, respecto del SNP se han postulado diversas aproximaciones, entre las que resaltamos la siguiente:

> "*El Sistema Nacional de Pensiones (SNP), sistema público en el cual las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad (...); en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes (...) hay una aportación proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible*"(2).

La administración de las prestaciones que otorga el SNP fue encargada, inicialmente, al Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS), entidad que luego fue reemplazado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

Este sistema comprende, entre otros, a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se encuentren

(2) VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María Antonia. "El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones". En: *Economía/PUCP*. Vol. 19 Nº 37-38, julio-diciembre, 1996, p. 375.

dentro del ámbito del Decreto Ley Nº 20530, trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

Pues bien, como hemos anotado al comienzo del presente trabajo, a finales de la década de los años ochenta del siglo pasado, el Perú vivía una situación de creciente zozobra, lo que produjo importantes repercusiones en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Además, cabe señalar que incluso los fondos que percibía el SNP eran utilizados en fines diferentes a la previsión de sus beneficiarios, siendo que los recursos se iban agotando sistemáticamente.

Poco después, en 1991, el SNP se encontraba a punto de colapsar; las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo(3).

Además, se presentaba una situación anómala, puesto que a pesar de que las prestaciones económicas eran de un reducido nivel y los recursos que se percibían eran de un porcentaje considerable, el Sistema era absolutamente insostenible. En efecto, en noviembre de 1991, la pensión promedio ascendía a US$ 69.00(4) y el porcentaje de aportación que se imponía equivalía al 9 % de la remuneración, lo que no era suficiente para permitir la subsistencia del SNP. Cabe precisar que aportaban al SNP aproximadamente 2 millones de trabajadores, pero los recursos captados no permitían cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas(5).

La consecuencia inmediata de la devastadora situación que atravesaba el SNP se trasladó al ámbito de la cobertura que se otorgaba a través de este régimen. Así, esta disminuyó considerablemente, en la medida que pasó de 33,7 % de la PEA en 1985 a 28 % en 1990 y a 21.3 % en 1992; asimismo, el ratio de dependencia se redujo de 13.6 aportantes por pensionista en 1980 a 7,3 en 1991(6).

(3) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y otros. *La economía política de las reformas institucionales en el Perú: los casos de educación, salud y pensiones*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., marzo 1999, p. 35.

(4) Ibídem. p. 37.

(5) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. *Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, retos y reformas (1993-2003)*. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, diciembre, 2003, p. 23.

(6) Ibídem, p. 21.

De esa manera, el Sistema Nacional de Pensiones se hallaba en una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones, a lo que debía sumarse la escasa transparencia en el manejo de sus fondos.

Sobre ello, debemos recordar que el artículo 14 de la Constitución de 1979 –vigente en aquel entonces– disponía expresamente que los fondos previsionales eran intangibles, y por tanto, no podían ser destinados a fines distintos a los que se establecieron al momento de su creación. Sin embargo, los gobiernos predecesores habían dispuesto libremente de los Fondos de Pensiones, contribuyendo al desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones.

En efecto, los recursos de la Seguridad Social peruana fueron empleados por las sucesivas autoridades del Gobierno Central para cubrir sus propios problemas de inversión y liquidez, así como cubrir el déficit que se presentaba en el Régimen Previsional del Estado, el mismo que hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 25967, en diciembre de 1992, permitía obtener una pensión de cesantía con solo cinco años de aportación, mientras el régimen general exigía 15 años para los varones y 13 para las mujeres; y el desajuste irracional entre lo aportado y lo recibido(7). A ello, debe sumarse las sucesivas modificatorias que se expidieron en relación con la Ley del Sistema Nacional de Pensiones, sustentadas básicamente en decisiones políticas enfocadas en las siguientes elecciones presidenciales y que dispusieron la reducción de las edades de jubilación de determinados grupos ocupacionales, quienes, ciertamente, se encontraban plenamente facultados a seguir trabajando y contribuir con el sistema.

Adicionalmente, coadyuvaban a tan precaria situación el periodo de gastos por el que atravesaba el SNP, en que la proporción de asegurados aportantes por jubilado se había reducido y sin que a lo largo de los 19 años de funcionamiento se hubieren generado recursos significativos que permitieran el pago de pensiones decorosas a los pensionistas actuales; y haber modificado su régimen financiero pasando de un sistema de prima escalonada a uno de reparto simple, en el que todo lo ingresado se distribuye entre los actuales pensionistas(8).

(7) Mario Pasco Cosmópolis nos recuerda que en materia de pensiones la regla universal de la Seguridad Social fue establecer su monto en función de la última remuneración o del promedio de los últimos 12 meses, cuando en realidad no es esa la remuneración sobre la cual el trabajador ha cotizado a lo largo de su vida laboral, sino apenas en los últimos meses. En: Art. cit., p. 174.

(8) DANÓS ORDÓÑEZ, José. "El Instituto Peruano de la Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones" En: *Dilemas Actuales, Sistema privado de pensiones: Desafíos y respuestas*. 1ª edición, Cedal, Lima, 1994, p. 19.

Por otro lado, los problemas administrativos eran crecientes. El IPSS sufrió una fuerte burocratización, mostrando un elevado cuadro de crecimiento, especialmente administrativo(9).

El IPSS adoleció no solo de una deficiente administración sino también de una falta de autonomía. El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes. De otro lado, las inversiones del dinero obtenido por recaudación de contribuciones no eran realizadas con criterios adecuados, lo que motivó que gran parte del fondo se fuera perdiendo por efecto de la inflación.

En este punto cabe advertir que el Fondo de Pensiones había sufrido una descapitalización dramática (particularmente durante la década de 1980)(10); producto de diversos factores como el rendimiento negativo real de inversión (del 21 % en 1981 al 29 % en 1987); una significativa deuda estatal contraída por los sucesivos gobiernos (194 millones de dólares) que virtualmente desapareció debido a tasas de inflación muy elevadas y la falta de indexación y gastos administrativos enormes (52 % del total de gastos para 1986 debido en gran parte al ajuste de salarios del personal a la inflación)(11).

A todo lo anterior habría que sumar la considerable evasión y mora por parte de los empleadores, originado por una falta de definición del derecho de propiedad de los trabajadores sobre sus aportes, eliminando de esta manera cualquier incentivo para que estos ejerzan una vigilancia que garantice la buena administración del sistema(12) y, por el contrario, promoviendo incentivos para la evasión del pago de las contribuciones.

En este contexto, el sistema pensionario se percibía como débil, en tanto que, desde el punto de vista financiero, los sistemas de reparto son

(9) A tal efecto, Gabriel Ortiz de Zevallos pone de relieve que el IPSS pasa de 25,000 trabajadores en 1985 a 45,000 en 1990. En: Art. Cit., p. 37.

(10) Entre 1981 y 1987 el IPSS perdió anualmente entre el 20 % y 30 % del capital que invirtió una vez descontado el efecto de la inflación (Fuente: Estudio de Carmelo MESA-LAGO citado en *Apoyo al Congreso. Servicio de Asesoría Económica*. Año 1, Nº 11, Publicación del Instituto Apoyo).

(11) MESA-LAGO, Carmelo. *La reforma de la Seguridad Social y las Pensiones en América Latina*. Santiago de Chile, 1994, p. 26.

(12) En el mismo sentido se expresa Emilio Morgado Valenzuela, al establecer que tanto la evasión como la morosidad generan serios efectos; por un lado afectan la posibilidad de acceder a una pensión de vejez o conducen a que la pensión obtenida sea de monto inferior al que les correspondería recibir, y por otro lado, aumenta el compromiso estatal de financiar el otorgamiento de pensiones mínimas o asistenciales, de ser el caso. Morgado Valenzuela, Emilio. "Reforma de la Seguridad Social en Chile: El Sistema de Pensiones por vejez". En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 81.

inherentemente inestables ya que dependen de factores demográficos. Estos determinan que la relación entre aportantes y pensionistas sea cada vez menor por efecto del creciente aumento en las expectativas de vida de la población asegurada y la paulatina disminución de los ingresos del sistema, a la par del progresivo aumento de sus obligaciones.

Por ello, comentando el régimen pensionario sobre el que se cimienta el Sistema Nacional de Pensiones, se afirma que "*un sistema de reparto simple es muy dependiente de los cambios demográficos ya que fácilmente puede quedar desfinanciado si empieza a reducirse el grupo de trabajadores jóvenes que financian las prestaciones que reciben los trabajadores de mayor edad (ratio de dependencia), lo cual significa una mayor carga tributaria financiada por un número cada vez menor de jóvenes. Esta es precisamente una de las debilidades que tiene el sistema antiguo y que significó parte de su deterioro, ya que se produjo un desequilibrio entre los ingresos y egresos del sistema debido al lento crecimiento de la población de afiliados activos en relación con el grupo de pensionistas*"[13][14].

En adición a lo anterior habría que agregar la falta de estudios actuariales durante periodos prolongados que habrían de determinar con certeza la conveniencia en la elevación de la tasa de aportación sobre las remuneraciones ante la progresiva reducción del ratio de dependencia.

Todo este mal manejo del sistema en el país contribuyó al deterioro de los beneficios otorgados a los pensionistas y generó la necesidad de brindar a los trabajadores más jóvenes una alternativa sostenible de ahorro previsional.

II. EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

A inicios de la década de los años 90 del siglo pasado, como consecuencia del deterioro sostenido del Sistema Público de Pensiones se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro previsional. Luego de un intento fallido de reforma del sistema[15], se creó el Sistema Privado de Administración

(13) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana. Ob. cit., p. 20.

(14) Cabe advertir que la situación de crisis en la financiación de los Sistemas Públicos de Seguridad Social basados en el reparto intergeneracional de las cargas no es un fenómeno exclusivamente peruano. Por el contrario, puede sostenerse que el mismo es universal. Al efecto, ver: "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994.

(15) A través del Decreto Legislativo Nº 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el

de Fondos de Pensiones, entregando el rol de administradoras del sistema a las denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones.

En el esquema normativo propuesto por el Sistema Privado, las AFP se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el fondo de Pensiones de cada afiliado; dichos fondos son colocados de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez(16), sobrevivencia(17) y gastos de sepelio, además de encargarse de la recaudación de los aportes, la cobranza de aportes impagos, tramitación de bonos de reconocimiento, la información a los afiliados y el otorgamiento y pago de las prestaciones previstas en la legislación en el momento en el cual los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

De otro lado, una de las principales modificaciones introducida por la reforma previsional de comienzos de los años 90 del siglo pasado es la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC). Esta es una cuenta creada a nombre de cada afiliado por la AFP en la que se encuentre incorporado y en ella se consignan todos los movimientos que respecto de un mismo afiliado se realizan en el fondo de pensiones como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, bonos de reconocimiento y rentabilidad.

Al igual que el SNP, el SPP tiene la obligación de incorporar a todo trabajador ya sea dependiente o independiente que elija libremente afiliarse a él, trátese de un trabajador que por primera vez participa en un sistema previsional o de un trabajador que ya estuvo afiliado al Sistema Público. En el diseño inicial del SPP, el afiliado solo podía revertir su decisión de incorporación

diario oficial *El Peruano* el 11 de noviembre de 1991. Se plantea al mismo como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud de un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley Nº 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

(16) Aún cuando cabe precisar que éstas no son aseguradas de manera directa por una AFP, sino que deben ser contratadas con una empresa de seguros. Para otorgar estas prestaciones se deben cumplir una serie de requisitos de antigüedad, así como de las circunstancias de la discapacidad.

(17) Esta comprende a los herederos forzosos de trabajadores que aún no habían alcanzado la edad para jubilarse dentro del SPP al momento de su muerte y de aquellos jubilados que hubieran optado por una modalidad diferente a la renta vitalicia personal. El monto de la pensión es decreciente según el grado de parentesco.

al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la Ley. Sin embargo, como veremos más adelante, esto fue modificado años después.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP al SPP, a este se le otorga un bono de reconocimiento[18] a efectos de reconocerle los años aportados en el SNP lo cual incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

Al estar configurado como un sistema previsional, el SPP también cuenta con un aporte obligatorio a cargo del afiliado, quien a su vez debía pagar una comisión a la AFP por el servicio de administración que ésta brinda y un seguro de invalidez. Al comienzo, el aporte obligatorio fue de 8 % de la remuneración asegurable, siendo que con el tiempo esto se incrementó hasta llegar a la tasa de aportación actual de 10 %. En cuanto a las comisiones, estas variaban de AFP en AFP, siendo elección libre de cada individuo afiliarse a una u otra, asumiendo el pago de dicha cuota de administración. Importa anotar que años más adelante, fue este tema el que se encontró como centro de discusión, al advertirse que las comisiones que las AFP cobraban a los afiliados eran unas de las más altas de la región, por lo que se dispuso la modificación del sistema.

Los aportes acumulados de los trabajadores afiliados al SPP más los ingresos generados por las AFP producto de las inversiones realizadas, han llevado a que a mayo de 2013 la cartera administrada por las AFP ascienda a S/. 98,211 millones[19] ($ 35,300 millones, aproximadamente).

Es interesante anotar que el crecimiento que ha tenido el SPP a lo largo del tiempo, ha sobrepasado las expectativas del Estado peruano, toda vez que en el año 2007, el Poder Ejecutivo estimó que si se mantenía el ritmo de crecimiento –alrededor de $1,000 millones anuales– para el año 2015 el total de fondo administrado por las AFP podría ascender a $ 21,500 millones

(18) El artículo 7 de la Ley Nº 27617, vigente desde el 2 de enero de 2002, que sustituye el primer y segundo párrafos del Decreto Supremo Nº 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones establece que tienen derecho a Bono de Reconocimiento los trabajadores que a diciembre de 1992 estaban afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS y que hubieran cotizado en el SNP, un mínimo de 48 meses en total dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992, fecha de creación del SPP. Cabe añadir que los trabajadores deben manifestar su derecho al bono de reconocimiento al momento de afiliarse al SPP, probando el cumplimiento de los requisitos para obtener este derecho a fin de que la ONP (en virtud de la Ley Nº 26323) les otorgue el bono que les corresponde. Dichos Bonos deben ser entregados por la ONP a la AFP que el trabajador indique, la que a su vez lo debe entregar a una entidad de servicio de guarda física de valores, salvo que los mismos se encuentren representados por anotaciones en cuenta.

(19) Datos recogidos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

aproximadamente. No obstante, esa cifra fue largamente superada desde el año 2009, siendo actualmente la cartera administrada equivalente a casi el doble de la proyección planteada en el 2007.

A efectos de asegurar la transparencia, seguridad y normal desarrollo del SPP a través de una supervisión eficiente del mismo, con el Sistema Privado se creó la Superintendencia de Administración de Fondos de Pensiones – SAFP (absorbida en noviembre de 2000 por la Superintendencia de Banca y Seguros– SBS, convirtiéndose en la Superintendencia Adjunta de AFP), mediante la cual se efectúan las funciones de supervisión del SPP en representación del Estado, con el fin de garantizar el financiamiento del sistema y vigilar el fiel cumplimiento de estas disposiciones, en observancia del artículo 11 de la Constitución de 1993.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí señalado, un Sistema como el Privado de Pensiones, sustentado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el público, por lo que cabe apreciar que el Sistema Privado no constituye una manifestación de la Seguridad Social(20). Simple y sencillamente se trata de un mecanismo de aseguramiento social cuyo basamento no se encuentra en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que este tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

III. EL REGRESO DEL SISTEMA PRIVADO AL PÚBLICO DE PENSIONES

Como se ha indicado, el Sistema Privado de Pensiones nació como alternativa frente a la crisis por la que atravesaba el Sistema Nacional de Pensiones, por lo que se promovió la afiliación, calificada por algunos como indiscriminada, a las AFP. Debe recordarse que desde la creación del Sistema, la afiliación fue considerada como un acto voluntario por parte del trabajador, no obstante, con el afán promotor del nuevo sistema se emitieron normas que dispusieron la afiliación como resultado de una manifestación tácita de voluntad(21).

(20) En el mismo sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Art. cit., pp. 177-178.

(21) Tal es el caso del artículo 6 del Decreto Supremo Nº 054-97-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, que presume la adscripción de un trabajador al Sistema Privado cuando este no comunica por escrito en el plazo de diez días de iniciada la relación laboral su opción por el Sistema Nacional de Pensiones, en cuyo caso el empleador deberá afiliarlo al la AFP en la que tenga mas trabajadores.

En este contexto, no solo se ofrecía a las AFP como el mejor sistema previsional sino que se expandió información sesgada acerca del cierre del Sistema Nacional de Pensiones, lo que ocasionó gran preocupación en la población que sin conocer en muchos casos los beneficios o desventajas del sistema privado aceptó su afiliación al mismo.

Como se ha indicado, el Sistema Privado de Pensiones se creó como Sistema alterno y no es excluyente del Sistema Nacional de Pensiones, es por ello que ambos se han mantenido como regímenes paralelos que compiten en el mercado previsional.

Cabe precisar que por la característica especial de la capitalización individual del Sistema Privado de Pensiones, los efectos de la afiliación a dicho Sistema tenían diferentes significados para distintas clases de trabajadores. Así, por ejemplo, mientras el nuevo Sistema beneficiaba a los jóvenes que empezaban su ciclo laboral y, por ende, las posibilidades de acopio a su cuenta individual se hacían mayores, para los trabajadores que ya habían cumplido los requisitos para adquirir una pensión en el Sistema Nacional de Pensiones al momento de la afiliación al Sistema Privado, el traslado no les era favorable.

Pese a ello, las afiliaciones a las AFP fueron indiscriminadas y mal ilustradas, lo que ocasionó que un número indeterminado de personas que fueron afiliadas a las AFP, a quienes el Sistema Nacional de Pensiones le aseguraba una mejor pensión, demanden el retorno al régimen público. Debe resaltarse que la falta de información e incluso el engaño del que fueron víctimas muchos asegurados, vicia la voluntad expresada por ellos mismos para afiliarse a una AFP. Esto responde a que no es posible expresar una decisión válida para contratar cuando la otra parte, quien presta un servicio público, no ha cumplido con su deber de información.

Ante esta problemática social, en el seno del Congreso de la República se promovieron diversas iniciativas legislativas[22] que buscaban dar solución a la misma promoviendo la posibilidad de una desafiliación irrestricta, incluso, en algún caso, facultando el libre traslado del SPP al SNP y viceversa. En medio de todas ellas, en agosto de 2006, luego del inicio de funciones del nuevo Gobierno Nacional, el Poder Ejecutivo propuso el proyecto de Ley Nº 0026/2006-PE, en el cual se postuló la posibilidad de acceder a la libre desafiliación del SPP y otorgar pensiones complementarias. Este proyecto se

(22) Algunos claros ejemplos son el Proyecto Nº 14393/2005-PE, de febrero de 2006, Proyecto Nº 13288/2004-CR, de junio de 2005, Proyecto Nº 12821/2004-CR, de abril de 2005, entre otros.

concretizó en la Ley Nº 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

Sin embargo, un mes antes de que esta ley fuera publicada, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que traería consigo la tan anhelada posibilidad de iniciar un procedimiento de desafiliación del SPP a fin de retornar, de manera válida, al SNP.

En efecto, se trató de la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de enero de 2007, publicada el 9 de febrero de 2007 en su portal electrónico, recaída en el proceso constitucional de amparo seguido por Víctor Augusto Morales Medina, Expediente Nº 1776-2004-AA/TC[23]. Con este pronunciamiento, el TC se adelantó a la resolución del conflicto, estableciendo que aquellos afiliados al SPP que no estuvieran de acuerdo con su incorporación al SNP, podían acceder al retorno.

Además, es con esta sentencia[24] que el Tribunal Constitucional abre el camino a un nuevo criterio jurisprudencial, el cual, sorpresivamente, se alejó de la línea que había mantenido esta entidad en casos similares. En efecto, cabe recordar que en diversas sentencias[25] que precedentemente habían sido emitidas por el TC versando sobre temas similares, este había sido determinante al señalar que las demandas cuya temática se centrara en la nulidad de afiliación al SPP, debían ser declaradas improcedentes en vía constitucional, porque no hay una vulneración real a derechos constitucionales, lo que no habilitaba al acceso de la vía constitucional, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho para acudir a la vía civil ordinaria.

No obstante, la sentencia recaída en el Expediente Nº 1776-2004-AA/TC, se determinaron tres supuestos específicos, según los cuales todo afiliado al SPP podía retornar al SNP, los cuales eran: (i) Si al momento de la afiliación al SPP, ya se había alcanzado la posibilidad de acceder a una pensión en el SNP; (ii) Si la afiliación al SPP se dio a consecuencia de una deficiencia en la información percibida por el afiliado; y (iii) Si las labores desplegadas generan un peligro en la vida o la salud del afiliado.

(23) Publicada en la Gaceta de Procesos Judiciales del diario oficial *El Peruano* el 20 de febrero de 2007.

(24) Que incluye la Resolución de aclaración a la citada sentencia, emitida el 6 de marzo de 2007.

(25) Los procesos en los cuales el TC ha declarado improcedentes las demandas de acción de amparo en los que se solicita la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones son los siguientes: Exps. Nºs 1081-2003-AA/TC, 2753-2002-AA/TC, 2183-2004-AA/TC, 2568-2003-AA/TC, 398-2003-AA/TC, 2861-2003-AA/TC, 2179-2004-AA/TC, 1575-2004-AA/TC, 1429-AA/TC, 2896-2003, 1810-2004-AA/TC, 2037-2004-AA/TC, 980-2003-AA/TC, 3114-2003-AA/TC, 2743-2005-AA/TC, 2046-2004-AA/TC, entre otros.

Apenas un mes después, en marzo de 2007 se promulgó la Ley Nº 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, la misma que recogía parcialmente lo propuesto por el TC a través de la sentencia publicada pocas semanas atrás.

La discrepancia entre los términos de la sentencia y la ley radicó en que a diferencia de la primera, la segunda solo consignó dos de los tres supuestos adelantados por el TC: el haber alcanzado la titularidad de la pensión en el SNP antes de la afiliación al SPP y el peligro en la vida o la salud del afiliado. Respecto de la información, la Ley solo se pronunció a futuro, implementando la obligación a todas las AFPs para que desde el momento de la entrada en vigencia de dicha norma, se brinde la información debida y adecuada a quienes deseen afiliarse a una de ellas, mas no se ocupó del tema de aquellos que alegaban falta de información como la consecuencia de su deseo de desafiliarse del SPP.

Siendo ese el contexto, el TC decide emitir un nuevo pronunciamiento, cuyo punto central fue la falta de información, además de constituirse como precedente vinculante. De esa manera, el 4 de mayo de 2007 se publicó la sentencia que recayó en el Expediente Nº 07281-2006-AA y mediante la cual el TC daba inmediata respuesta a la promulgación de la Ley Nº 28991, donde se puede advertir que el TC deja de lado el rol de ente proponente, para transformarlo en un papel imperativo, según el cual pretende "imponer"[26] al Poder Ejecutivo que al reglamentar la Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínimas y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, regule adicionalmente un supuesto de desafiliación del SPP contenido en su sentencia del 26 de enero de 2007 que no fue contemplado expresamente como tal por la Ley Nº 28991.

Esta segunda sentencia centraliza su atención en la búsqueda de un razonamiento que explique los motivos por los cuales el Poder Ejecutivo debió y debería incluir el supuesto de la falta de información dentro de los alcances de la Ley Nº 28991. Para ello, se plantea una línea de análisis sobre la cual se justifica la inclusión del supuesto de falta de información dentro del marco de aplicación de la Ley Nº 28991, por estar debidamente fundamentado por el artículo 65 de nuestra Constitución, según el cual se consagra el derecho de las personas a tomar decisiones informadas.

(26) A través de los fundamentos 23 y 24 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 07281-2006-AA/TC, es posible evidenciar esta clara imposición que el TC consigna en el último pronunciamiento publicado, respecto del tema de la desafiliación.

En igual sentido, el TC pone en evidencia el vínculo estrecho que existe entre la falta de información como presupuesto para iniciar el procedimiento de desafiliación, con el derecho de acceso a la pensión, en el sentido que como es sabido el contenido esencial de tal derecho se encuentra conformado por el libre acceso o retiro de ella, razón por la cual solo será posible la ejecución efectiva de tal derecho sobre la base de una decisión razonablemente informada.

No obstante el claro mandato del Tribunal Constitucional, el Reglamento de la Ley Nº 28991 no reguló ni reglamentó el supuesto de la falta de información suficiente a efectos del ejercicio de la facultad de traslado de un sistema a otro como uno de procedencia de la desafiliación del SPP. Por el contrario, solo trató los dos supuestos recogidos por la ley.

Ante dicho proceder del Poder Ejecutivo, la reacción del Tribunal Constitucional fue inmediata, toda vez que al día siguiente de la publicación del Reglamento de la Ley Nº 28991, el TC publicó en la Gaceta de Jurisprudencia del diario oficial *El Peruano* una serie de sentencias a través de las cuales resuelve demandas de amparo iniciadas por afiliados del SPP a fin de buscar su retorno al SNP, sobre la base del supuesto de la falta de información suficiente, declarándolas fundadas. Cabe advertir que en los meses siguientes, se expidieron más de 600 sentencias cuyos fundamentos dieron pie a que el supuesto de falta de información fuera ampliado a subgrupos, tales como: distorsionada información, deficiente información, inducción a la afiliación, entre otros.

Con todo ello, a partir del año 2007 se abrió el camino hacia el retorno al SNP, permitiendo que aquellas personas que veían disminuidos sus derechos a pensionarse con las irregularidades presentadas en su afiliación al SPP, tuvieran la oportunidad de remediar dicha situación, asegurándose un futuro mejor. Además, esta apertura hacia el retorno permitió concebir la idea de una reestructuración del SNP, en la medida en que al permitir el regreso de un grupo de afiliados, los recursos que financian el régimen se verían igualmente incrementados.

Un dato interesante es que al año 2013, la SBS ha emitido un total de 105,593 Resoluciones de Desafiliación, lo que evidencia el éxito de la medida. Sin embargo, es opción de cada afiliado ejecutar el derecho reconocido de volver al SNP.

IV. LA REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Estando ya en el año 2012, teníamos que se habían implementado las medidas necesarias para que aquellos afectados con las afiliaciones cuestionadas

al SPP, pudieran optar por el regreso al SNP. A su vez, este último tenía la posibilidad de mejorar sus fuentes de ingresos al recibir a un número significativo de personas, cuyas aportaciones permitirían mayores recursos para la sostenibilidad del Sistema. De igual manera, el Régimen Previsional del Estado había quedado definitivamente cerrado, con lo que la carga que representaba para el Estado se veía, en proyección, aliviada.

Pero resultaba necesaria una reforma del Sistema Privado de Pensiones a efectos de superar el estancamiento que venía experimentando. Es así que en el mes de julio de 2012 se publicó la Ley N° 29903, que dispuso su reforma.

Los principales cambios que insertó la Ley de Reforma estuvieron enfocados en la inserción de nuevos actores adicionales a las AFP (como los agentes a cargo de los procesos operativos), la incorporación de más personas al Sistema (como afiliados potestativos), la designación de una sola AFP que concentre a todos los nuevos afiliados (cuya elección giró en torno a la oferta de la menor comisión), restricciones en el libre traslado entre las AFP (permitiéndose únicamente a aquellos que estuvieron dentro del Sistema hasta antes de la entrada en vigencia de la ley), afiliación obligatoria de los independientes, centralización de procesos operativos, creación de nuevas comisiones, entre otros.

Es importante resaltar, que de todos los cambios antes enunciados, el proceso de licitación de nuevos afiliados, el cambio de las comisiones y la afiliación obligatoria de los independientes, resultaron ser los de mayor trascendencia.

El proceso de licitación implicó someter a un concurso a todas las AFP y aquellas empresas que quisieran ingresar al mercado de la administración de los fondos de pensiones; concurso en el que competían en función de la comisión ofertada. Así, quien ofreciera el menor porcentaje de comisión, sería el acreedor de todos los nuevos afiliados al SPP durante dos años, lo que se ha proyectado en un estimado de 700,000 personas. Esto, a su vez, significó –y significa– que todo aquella persona que ingrese por primera vez al SPP, ya no tendrá posibilidad de elegir entre las AFP existentes, sino que por defecto, será afiliado a la AFP ganadora de la licitación(27).

En adición, la reforma del SPP dispuso la modificación de la forma de cálculo de las comisiones que se cobrarían dentro del régimen. Así, la Ley Nº 29903 creó la comisión sobre el saldo, la misma que establece que las AFP cobrarán la contraprestación por sus servicios de administración, ya no sobre

(27) Importa señalar que el proceso de licitación se llevó a cabo el 20 de diciembre de 2012, adjudicándose la buena pro a la recién constituida AFP Habitat, la cual inició sus operaciones a partir del mes de junio de 2013.

la remuneración asegurable, sino sobre el fondo pensionario. Evidentemente, el propósito de este cambio fue condicionar a las AFP a enfocarse en conseguir mayor rentabilidad para sus afiliados, toda vez que a mayor rentabilidad, mayor incremento del fondo y, por ende, mayor comisión.

Cabe anotar que esta variación en la forma de cálculo de la comisión fue producto de múltiples cuestionamientos, básicamente por la posibilidad de que descontarla del fondo previsional pudiera atentar contra la intangibilidad de este que garantiza la Constitución vigente.

Finalmente, la afiliación de los trabajadores independientes menores de 40 años de edad suscitó especial atención. La Ley de Reforma determinó que a los 120 días después de la publicación del su Reglamento –aprobado por el Decreto Supremo Nº 068-2013-EF– todos aquellos independientes que percibieran más de una Remuneración Mínima Vital durante un mes, estaban en la obligación de afiliarse a un sistema previsional y aportar sobre lo percibido. Esta obligación surgió pues a partir del 1 de agosto de 2013.

Lejos de ser una iniciativa bien recibida, las críticas fueron mayores, las que se basaron en el hecho de que el establecimiento de cuotas de aportación obligatorias para los independientes generaría una disminución de sus ingresos que no tenían presupuestada. Además, se criticaron los márgenes de aportación, siendo estos los siguientes:

SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES	
Ingresos (rentas de cuarta o cuarta-quinta categoría)	**Tasa de Aportación**
Menos de 1 RMV en el mes.	0 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014.	7 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2015.	10 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero de 2016 en adelante.	13 %
Más de 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 y en adelante.	13 %

SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES	
Ingresos (rentas de cuarta o cuarta-quinta categoría)	**Tasa de aportación**
Menos de 1 RMV en el mes.	0 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2014.	5 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero y hasta el 31 de diciembre de 2015.	7 %
Igual a 1 RMV hasta 1.5 RMV desde el 1 de enero de 2016 en adelante.	10 %
Más de 1.5 RMV desde el 1 de agosto de 2013 y en adelante.	10 %

Pese a la claridad de la Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones respecto a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores independientes menores de 40 años de edad a partir del 1 de agosto de 2013, en el mes de setiembre de este año se expidió la Ley Nº 30082 que modificó ello, estableciendo que dicha obligatoriedad se suspendía hasta el 1 de agosto de 2014.

Por tanto, en la actualidad mantenemos el esquema anterior bajo el cual los trabajadores independientes no están obligados a aportar a un régimen previsional.

V. DEL RÉGIMEN PREVISIONAL DEL ESTADO

Tal como hemos tenido oportunidad de señalar, en paralelo al Sistema Nacional de Pensiones, y luego también al Sistema Privado de Pensiones, en el Perú se cuenta con un régimen previsional adicional, el llamado Régimen Previsional del Estado, creado por el Decreto Ley Nº 20530, promulgado el 26 de febrero de 1974. En principio este sistema se presentó como exclusivo y cerrado, abarcando únicamente a un número determinado de trabajadores del Estado. Esto es, al momento de la dación de esta norma, el objetivo fue crear un sistema previsional especial para aquellas personas que se encontraran prestando servicios a favor del Estado y que no estuvieran comprendidas por el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 19990.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, el régimen del Decreto Ley Nº 20530 fue ampliando su ámbito subjetivo, a través de diversas normas de excepción, como es el caso de la Ley Nº 25146 (incorporó a los trabajadores del Banco de la Nación), Ley Nº 25212 (incorporó a los profesores), Ley Nº 25273 (incorporó a los trabajadores de las empresas públicas), entre otras.

A su vez, la misma disposición constitucional implementó el derecho de los beneficiarios del régimen previsional del Decreto Ley Nº 20530 a la nivelación progresiva de sus pensiones con los ingresos de los trabajadores en activo. La justificación que se le otorgó a este privilegio fue que este Sistema era uno de naturaleza cerrada.

En ese sentido, mediante la Ley Nº 23495 y su Reglamento se dispuso que las nivelaciones a las que se refirió la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, debían sujetarse a la escala remunerativa de los servidores públicos comprendidos en el Decreto Legislativo Nº 276. Es decir, las pensiones que se otorgaban en el marco del Decreto Ley Nº 20530

eran equivalentes a las remuneraciones que percibían los trabajadores en activo (el denominado efecto espejo).

Evidentemente, esta situación generó ingentes desembolsos de dinero, cuyos orígenes no fueron siempre los fondos previsionales del Sistema de Pensiones, sino que por el contrario, los recursos en su gran mayoría provenían del Tesoro Público. A consecuencia de ello, a partir de 1991 se empiezan a imponer topes pensionarios, los que fueron declarados constitucionales por el Tribunal de Garantías Constitucionales. No obstante, este criterio fue modificado en 1997 cuando el mismo Tribunal Constitucional se pronunció señalando que, en virtud de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, la imposición de topes era inconstitucional.

El costo de mantenimiento anual del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 era un aproximado de S/. 4500 millones, que en gran medida se destinaba al pago de las prestaciones niveladas obtenidas de manera indebida, razón por la cual el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República un proyecto de reforma de los artículos 11, 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que al ser aprobado le permitiera reestructurar el régimen previsional del Estado.

Es decir, se hacía urgente contar con una reforma que abarcara todo el Sistema, con el objetivo de sostener al Régimen de Pensiones del Estado como un sistema financieramente viable y equitativo.

Esta reforma constitucional tuvo como sustento importantes recomendaciones por parte de la Defensoría del Pueblo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional, entre otros. De esa manera, el día 17 de noviembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28389, mediante la cual se aprobó la reforma de la Constitución Política de 1993, sustituyéndose –entre otros– el contenido de su Primera Disposición Final y Transitoria, declarándose cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como excluida de nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional y la nivelación de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores en activo.

Asimismo, el 30 de diciembre de 2004 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 28449, el cual establecía las nuevas reglas del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la reforma constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, siendo las principales novedades la imposición como tope máximo de las pensiones el equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, la prohibición de la nivelación de las mismas con las

remuneraciones de los trabajadores en activo, entre otras disposiciones adicionales[28]. Además, esta norma dispuso que aquellas pensiones que no alcanzaran el tope establecido, podían ser reajustadas a inicios de cada año, siempre que el pensionista cumpla con tener 65 o más años de edad.

Como se puede advertir, se expidieron dos normas cuyo principal propósito fue desaparecer y prohibir la nivelación pensionaria en el marco del Régimen Previsional del Estado.

Es importante anotar que hasta antes de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional, la mayoría de pensionistas del régimen regulado por el Decreto Ley Nº 20530 percibía prestaciones inferiores a los S/. 800.00, además de que no contaban con una pensión mínima garantizada.

Así, al eliminarse la nivelación pensionaria, el sistema contaba con mayores recursos para mejorar las pensiones, por lo que podría decirse que la reforma acarreó beneficios para los pensionistas, pues con ella, a partir de enero de 2005, ningún pensionista del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibía una pensión inferior a los S/. 415.00, es decir, de manera similar a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 19990 (Sistema Nacional de Pensiones). Asimismo, la reforma pensionaria trajo consigo que los incrementos en las pensiones favorecieran a 97,178 beneficiarios cuyas pensiones no eran superiores a S/. 800.00, entre otras bondades.

Como era de esperarse, un sector representativo de los beneficiarios del régimen que obtenían elevadas pensiones de cesantía (producto de la nivelación pensionaria) y, otro importante sector de pensionistas desinformados de lo que conllevaba la reforma constitucional, avalados por algunas instituciones habilitadas para interponer demandas de inconstitucionalidad (los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao) plantearon la inconstitucionalidad de las Leyes N° 28389 y N° 28449, siendo declarado por el Tribunal Constitucional infundado el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional (Ley N° 28389) y fundada en parte en cuanto algunos aspectos que conllevaba la Ley N° 28449, a través de la sentencia del 3 de junio de 2005, recaído en el Expediente acumulado Nº 050-2004-AI/TC.

Sobre este pronunciamiento, Abanto Revilla nos recuerda que en la misma sentencia en los fundamentos 63, 64, 99 y 100 (entre otros), se estableció

(28) Es importante anotar que la nivelación de las pensiones quedó expresamente prohibida por el artículo 3.1 de los lineamientos para la el reconocimiento, declaración, calificación y pago de derechos pensionarios del Decreto Ley Nº 20530, aprobado por la Resolución Ministerial Nº 405-2006-EF.

que la nivelación no era una condición intrínseca del Decreto Ley Nº 20530, sino que fue agregada con posterioridad, constituyendo el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen (factor de inequidad), por lo que prohibir la nivelación de pensiones con las remuneraciones no afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [29] [30].

Asimismo, la nivelación con el trabajador activo constituye una herramienta de reajuste de la pensión, como así lo puede constituir, por ejemplo, la nivelación con el costo de vida, con el valor de la moneda extranjera, con el valor del precio de un metal o mineral con cotización internacional pública, o una fórmula polinómica. Así, todos ellos son mecanismos de reajuste y el reajuste mismo de la pensión no se encontraba en discusión. Por ello, refieren que lo que se ventilaba en la acción de inconstitucionalidad era si la nivelación con el trabajador activo constituía la esencia del derecho a la pensión que, como se aprecia, no constituye el único ni mucho menos contenido esencial del derecho a la pensión, pues si así fuera ese sería el patrón básico para todos los regímenes de la Seguridad Social en el Perú y en el mundo y no, como sucedía en nuestro país, que se aplicaba solo a un reducido grupo de beneficiarios del régimen previsional del Estado[31].

Por tanto, los pensionistas que percibían pensión de cesantía nivelable bajo el régimen del Decreto Ley N° 20530, con la entrada en vigencia de Ley de Reforma Constitucional y de la Ley Nº 28449, mantenían su derecho y condición de pensionistas pero sin el mecanismo de reajuste a través de la nivelación en caso se produjera un reajuste de la remuneración del trabajador en activo, sino que percibirán el reajustes de sus pensiones por disposición normativa. Este es el efecto de la prohibición de la nivelación pensionaria: la pensión no puede ser reajustada a través de la nivelación pensionaria, la cual deja de tener aplicación, lo que origina en la práctica que el pensionista mantenga su pensión, en el monto que ha venido percibiendo, sujetándose a una nueva disposición normativa para su reajuste, el cual ya no opera en forma

(29) ABANTO REVILLA, César: "Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 82, julio 2005, p. 34.

(30) Para ver un mayor análisis sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión ver el artículo de ABANTO REVILLA, César, referido en el pie de página N° 2 y el artículo de GARCÍA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César. "Seguridad Social, Derechos Fundamentales y Contenido esencial del derecho a la pensión. Anotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 82, julio 2005, pp. 19-29.

(31) Ibídem, pp. 28-29.

automática con la remuneración del trabajador en activo, sino que debe ajustarse a los criterios de sostenibilidad financiera(32)

Toda vez que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no satisfizo a los impugnantes de las Leyes Nº 28389 y Nº 28449, puesto que no habían logrado su finalidad, que era que se continúe con la nivelación de las pensiones de cesantía con lo que percibían los trabajadores activos, así como que continúe rigiendo en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, estos acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a fin de que esta haga suya su reclamación y plantee ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Estado peruano con su reforma constitucional habría violado el derecho a la propiedad privada de los pensionistas, debiéndose evaluar las cuestiones generales sobre protección del derecho a la pensión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permisibles a los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entre otros criterios de legalidad y proporcionalidad (33).

En su oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el pronunciamiento del Caso 12.670 seguido por la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros en contra del Perú, decidiendo sobre el fondo de las peticiones de las presuntas víctimas que venían ejerciendo su derecho a la pensión de cesantía, declaró que el Estado Peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 21 de la Convención Americana, es decir, sobre el derecho a la propiedad privada en derecho pensionario.

Así la CIDH, consideró que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de Seguridad Social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y, por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. La CIDH también consideró razonable el argumento de que estas medidas (reforma constitucional) pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido, el cual es asegurar la estabilidad

(32) Un importante trabajo elaborado acerca de la sostenibilidad financiera, se puede consultar a: GARCÍA GRANARA, Fernando. "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones". En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. Ponencia del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, noviembre de 2006, pp. 855-887.

(33) Un estudio detallado sobre el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se realiza en GONZALES HUNT, César. "La reforma constitucional y legal del régimen previsional del D.L. Nº 20530. Anotaciones al Informe Nº 38/09 en el Caso 12.670 del CIDH". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 131, agosto, 2009, pp. 269-277.

financiera del Estado y eliminar la inequidad en el Sistema de Seguridad Social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos. Finalmente, la CIDH consideró pertinente aclarar que si bien el derecho a la pensión fue restringido mediante la reforma constitucional, dicha restricción no equivalía a la supresión del derecho a la propiedad en el sentido del artículo 21.2 de la Convención Americana; por el contrario, las supuestas víctimas continúan ejerciendo la titularidad de los derechos propietarios sobre sus pensiones, sin que resulte una afectación a la esencia del derecho a la pensión. Por lo tanto, este tipo de restricciones no es equiparable a una expropiación que requiera de una indemnización en los términos de la Convención Americana.

La CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana, es decir, del derecho al desarrollo progresivo de las normas sociales. Así, la CIDH consideró que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26° de la Convención Americana, supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles, implicando un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. La CIDH considera aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, por lo que consideró que la reforma pensionaria no implica una regresión incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.

Por otro lado, la CIDH también declaró que el Estado peruano no incurrió en la violación de los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención Americana, es decir, del derecho a la protección judicial. Así, la CIDH consideró que un resultado judicial desfavorable no puede constituirse en una vulneración del derecho a un recurso efectivo; por lo que consideró que del expediente no se desprende la existencia de una manifiesta arbitrariedad judicial, limitándose los peticionarios a cuestionar la posición jurídica adoptada por el Tribunal Constitucional peruano.

En definitiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, cerrando a nivel supranacional cualquier revisión sobre el tema de la reforma pensionaria.

Así, esta consolidación a nivel supranacional de la reforma pensionaria, constituyó una gran victoria jurídica para el Estado peruano, pues la contingencia económica del acogimiento de los objetores de la reforma constitucional y legal del Régimen Previsional del Estado ascendía a $ 5,850 millones. Además, tal pronunciamiento en sede supranacional habilitó el establecimiento de mecanismos adecuados y necesarios en la tarea de implementar

finalmente la carrera del servicio público o la reforma integral del empleo público, de progresiva aplicación en la actualidad.

VI. COMENTARIO FINAL

25 años no son muchos, sin embargo, la evolución experimentada en ese tiempo por la regulación de la Seguridad Social en Pensiones en nuestro país ha sido, por decir lo menos, notable. No solo se han incorporado nuevas formas de protección, sino que los paradigmas propios en que se ha asentado desde que se conoce como fórmula de cobertura de estados de necesidad provocados por riesgos sociales, parecen haber sufrido los que podrían considerarse como verdaderos vuelcos.

Tal vez el cambio más radical ha sido la creciente intervención privada en la administración de los sistemas previsionales así como la aplicación del régimen financiero de capitalización individual, haciendo prevalecer la solución suficiente y adecuada de las contingencias sociales por sobre la idea de redistribución de los ingresos, alejándose de la regla estimada como de la esencia misma de la Seguridad Social, que tradicionalmente ha considerado tal circunstancia como su único y real objetivo final, lo que plantea el desafío de replantearnos tal finalidad considerada esencial, idea que, aun en otro sentido, fue claramente plasmada por la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que ha debido intervenir para otorgar su legitimación a las modificaciones que el Estado peruano ha introducido buscando la equidad global de uno de nuestros sistemas previsionales, evitando que éste se viera obligado a continuar otorgando beneficios que estaban lejos de constituirse en una real solución de los problemas cuya solución se ha ido sobreponiendo a cualquier otra finalidad anexa a los mismos.

Se ha tomado conciencia de la real importancia que la protección social efectiva de los particulares frente a los riesgos sociales presenta, en términos tales que todos aquellos llamados a regular legislativamente estas materias se han visto verdaderamente sobrepasados al imponerse, de alguna forma, la esencia misma de las instituciones, por sobre el interés o inclinación formal de proteger los intereses meramente económicos que puedan estar implicados.

En efecto, hemos visto cómo el Tribunal Constitucional ha buscado la protección social incluso más allá de las reglamentaciones encomendadas por el legislador, sobreponiendo de esta forma, la búsqueda de la solución a los problemas propios de la Seguridad Social en Pensiones, por sobre el claro interés económico del sistema estatal, llegándose incluso a resaltar el derecho

esencial de los afiliados a la toma de decisiones informadas, por sobre un conocimiento presunto de la ley.

El máximo intérprete de la Constitución se ha constituido en un verdadero protector de la realización de la esencia misma de la Seguridad Social, más allá de todo paradigma preestablecido que, por lo demás, no parecen haber permitido la adecuada respuesta a los problemas que plantea la disciplina, demostrando, por un lado, que la Administración estatal no siempre es garantía de eficiencia y de cuidado de los recursos previsionales y que, en contraposición a ello, los particulares pueden resultar administradores capaces y efectivos y, por el otro, que los sistemas de reparto no solo no se han constituido necesariamente como la respuesta idónea a los problemas sociales a que están naturalmente llamados a responder, sino que tampoco parecen haber operado como un efectivo mecanismo de redistribución de los ingresos, siendo válido preguntarse sobre el real contenido de la Seguridad Social en los tiempos que nos toca vivir.

Ciertamente, este es un debate aún no resuelto. Tal vez en una próxima efeméride de nuestra homenajeada podamos brindar respuestas más claras y logradas a esta trascendental materia.

DERECHO PENAL Y APORTES PENSIONARIOS: LA NECESIDAD DE UNA LEY SOBRE DELITOS PREVISIONALES

CÉSAR ABANTO REVILLA[1]

I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TEMA PENSIONARIO

La seguridad social es un concepto complejo, pues puede tener diversas definiciones, según el ámbito desde el cual sea enfocada.

Para el ciudadano común, se trata de un derecho fundamental; para la economía, constituye un factor de redistribución de la renta; para la Administración, es un servicio público; y, para el Estado, es una herramienta de la política social.

Desde el punto de vista jurídico, partiendo de la definición de Fajardo[2], consideramos que es un sistema de protección del ser humano frente a las contingencias que se presenten durante el desarrollo de su vida que pueden afectar –de manera transitoria o permanente– su capacidad de trabajar, y tiene por finalidad conservar su nivel socio-económico, buscando el bienestar –y el equilibrio– de la colectividad a través de la redistribución de los ingresos.

Si bien la seguridad social pretende –en teoría– brindar dicha protección durante toda la vida del individuo –desde la cuna hasta la tumba–, en la

(1) Profesor de Derecho Previsional y Seguridad Social. Maestrías de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de San Martín de Porres.

(2) FAJARDO CRIVILLERO, Martín. *Teoría General de la Seguridad Social*. Luís Alfredo Ediciones, Lima, 1992, p. 21.

medida en que se trata de un derecho socioeconómico su efectividad estará condicionada a la capacidad financiera del Estado, por lo cual la tutela a todas las personas que integran una nación se producirá progresivamente.

En países como el nuestro –en vías de desarrollo– la seguridad social no puede proteger aún a todas las personas (universalidad), ni todas las contingencias (integralidad), por ello, podemos identificar como principales prestaciones a las de salud (atenciones médicas) y a las pensiones (pago dinerario –generalmente vitalicio– que se otorga al cumplir todos los requisitos legales).

En este trabajo nos centraremos en las pensiones, prestación que es materia de estudio por el Derecho Previsional, rama autónoma del Derecho de la Seguridad Social.

La pensión es una prestación dineraria que se otorga al trabajador asegurado(3) en alguno de los regímenes existentes, ante la ocurrencia de contingencias como la vejez (jubilación), cumplir una cantidad de años de servicios (cesantía) o la invalidez. También se reconoce a favor de ciertos familiares(4), si al momento del fallecimiento del causante (asegurado o pensionista con derecho a una prestación) los derechohabientes cumplían todos los requisitos legales.

En el Perú existen –desde diciembre de 1992– dos regímenes de pensiones de manera paralela: el público y el privado. El régimen público está conformado –a su vez– por tres regímenes(5):

- Decreto Ley Nº 19846, Ley de Pensiones Militar Policial
- Decreto Ley Nº 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP)(6)

(3) En el Perú tenemos un régimen contributivo o de seguro social, en el cual es necesario –para acceder a una pensión– que la persona esté inscrita y haya aportado en alguno de los regímenes vigentes. Desde el 2011 se ha incorporado un régimen no contributivo de carácter gradual denominado "Pensión 65", que fuera creado mediante Decreto Supremo N° 081-2011-PCM como un programa de asistencia solidaria, que otorga una prestación a los adultos mayores de 65 años en estado de pobreza extrema.

(4) Los derechos pensionarios no están sujetos a las reglas del Derecho Sucesorio o Hereditario, por tanto, no basta con ser descendiente del asegurado (trabajador activo) o del pensionista (trabajador pasivo que ya percibe la prestación) para tener derecho automático a percibir una pensión de sobrevivencia.

(5) Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de octubre de 2003), los servidores y funcionarios diplomáticos contaban con un régimen de pensiones especial, regulado por el Decreto Legislativo N° 894 (sus antecedentes: Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), que se mantiene solo para aquellos que antes de su derogatoria cumplieron los requisitos correspondientes.

(6) El SNP es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad estatal que a partir del 1 de enero de 1994 –en la práctica, desde 1995– reemplazó al antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) en el manejo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 19990.

- Decreto Ley Nº 20530, Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos[7]

El régimen privado (Sistema Privado de Pensiones: SPP) fue creado[8] el 6 de diciembre de 1992 por el Decreto Ley N° 25897, copiando el modelo chileno de inicios de los ochenta por el cual se traslada la administración de las aportaciones y pensiones de los trabajadores a empresas privadas – denominadas Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)-, las mismas que funcionan bajo la supervisión del Estado[9].

En tal sentido, todo trabajador –publico o privado– que inicie su actividad laboral de manera dependiente o independiente[10], deberá elegir entre el SNP o el SPP.

El SNP funciona bajo el sistema financiero de reparto, es decir, que es un fondo común al cual aportan todos los trabajadores actualmente asegurados a dicho régimen, del cual se pagarán las pensiones de quienes hoy son sus beneficiarios, de la misma forma que –en el futuro– la prestación de aquellos será pagada con los aportes de quienes entonces sean los asegurados: modelo de recambio generacional *(pay as you go)*.

El SPP, por el contrario, funciona bajo el sistema financiero de capitalización individual, en el cual cada trabajador asegurado (o afiliado) tiene una cuenta personal en la que se depositan su aportación mensual, la rentabilidad que genere la AFP al invertir dichos fondos en el mercado bursátil y financiero, nacional e internacional, y el bono de reconocimiento que corresponda a quien trabajó y aportó previamente para el SNP, pero luego decidió trasladarse al SPP.

En la actualidad ambos regímenes presentan serios problemas en la recaudación de los aportes –porcentaje de la remuneración mensual del trabajador que debe ser entregada a la entidad que recauda o administra cada régimen–[11], en especial de quienes trabajan de manera dependiente para un empleador, quien se constituye en el agente retenedor de dichas cotizaciones.

(7) Régimen cerrado de manera definitiva a partir del 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por Ley N° 28389. En la actualidad es administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, que ha delegado en la ONP y en algunas entidades estatales –con pensionistas a su cargo– la calificación y pago de las respectivas prestaciones, bajo su supervisión.

(8) Cabe recordar que el 11 de noviembre de 1991 fue originalmente creado –por Decreto Legislativo Nº 724– un SPP previo, pero bajo las reglas fijadas por la Constitución de 1979, razón por la cual no llegó a entrar en funcionamiento en ese momento.

(9) A través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), que reemplazó a partir del 25 de julio de 2000 (Ley Nº 27328) a la extinta Superintendencia de AFP (SAFP).

(10) De acuerdo a los parámetros establecidos por la Ley Nº 29903 y sus normas complementarias.

(11) En el SNP el porcentaje de la remuneración mensual del trabajador que se paga por aportación es

Para acceder a una pensión en el SNP –sea de jubilación, invalidez o sobreviviente– o a ciertos beneficios en el SPP –como la pensión mínima, el bono de reconocimiento o la desafiliación-, el asegurado debe acreditar una cantidad determinada de años de aportación, por tanto, cuando el empleador retiene la cotización (aporte) para pensiones pero no cumple con pagarla, sea a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), en el caso del SNP[12], o a la AFP, en el caso del SPP, se afecta al fondo que permite el acceso a una pensión futura.

El artículo 70[13] del Decreto Ley Nº 19990 establece que se consideran años, meses y días de cotización o aporte los trabajados por el asegurado, por tanto, este solo está obligado a probar que laboró, aunque su empleador no haya pagado dicho concepto.

Esta situación de morosidad –presente y pasada– ha generado que mensualmente se tenga que recurrir al Tesoro Público para cubrir la planilla de pensionistas del SNP con un promedio de US$ 50 millones, además de reconocer pensiones de asegurados que seguramente laboraron, pero cuyo empleador no entregó ni un Sol al Estado, lo cual produce un forado financiero en los fondos previsionales que debe cubrirse con los impuestos de toda la colectividad, que podrían destinarse a otros fines: salud, educación, infraestructura, etc.

En el caso de las AFP, la pensión se pagará con cargo al ingreso que se tenga registrado en la cuenta personal de cada asegurado, por tanto, será necesario un proceso judicial previo contra el empleador moroso para que dicha cuenta tenga los fondos suficientes para el pago de una pensión que le permita subsistir decorosamente.

II. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DE LAS APORTACIONES

Como se aprecia de lo expuesto en los puntos precedentes, la tutela de los fondos de seguridad social en pensiones no solo constituye un bien jurídico de carácter individual, en tanto permite al asegurado acceder a dicha

del 13 %, mientras que en el SPP es del 10 %, monto al cual se deberán agregar los porcentajes por la prima del seguro previsional y el pago de la comisión de administración de la AFP.

(12) La Sunat recauda las aportaciones del SNP a partir del 1 de enero de 1999 (Ley Nº 27038).

(13) Norma modificada por la Ley N° 28991, pero cuya interpretación original se mantiene a partir del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. Nº 04762-2007-AA/TC.

prestación, sino también supraindividual[14], en la medida que los impagos generan una afectación global para un grupo de trabajadores –específicamente los del SNP– que deberá ser subsidiada por el Estado, con cargo al Tesoro Público, afectando de esta manera (indirectamente) a toda la colectividad.

Contrariamente a lo opinado por Abanto[15], en el sentido que no habría existido una regulación específica en el Perú respecto a los fraudes contra la seguridad social, cabe precisar que tanto en el SPP –actualmente, y desde su origen– como en el SNP –en el pasado, con el artículo 4 de la Ley Nº 20604– se ha regulado al delito de apoderamiento de los aportes pensionarios dentro del ámbito de la apropiación ilícita.

En efecto, en el SPP existe una norma que expresamente habilita al trabajador, la AFP y/o la SBS, a denunciar penalmente al empleador que de forma maliciosa incumple con el pago de las aportaciones pensionarias que retuvo, como consta en el artículo 35 del Decreto Supremo Nº 054-97-EF (Texto Único Ordenado de la Ley del SPP), que señala en su tercer párrafo:

> *"**Artículo 35.-**[16] (…)*
>
> *Sin perjuicio de las sanciones, multas o intereses moratorios que pudieran recaer sobre el empleador por la demora o el incumplimiento de su obligación de retención y pago, el trabajador, la AFP y/o la Superintendencia pueden accionar penalmente por delito de apropiación ilícita contra los representantes legales del empleador, en el caso de que en forma maliciosa incumplan o cumplan defectuosamente con su obligación de pagar los aportes previsionales retenidos. (…)*
>
> *El Artículo 36 de la citada norma precisa los niveles de responsabilidad personal por dicho impago, añadiendo que –para efectos de la acción penal– dicha responsabilidad es solidaria.*
>
> ***Artículo 36.-**[17] A efectos de lo establecido en el artículo precedente, se considera legalmente responsable:*

(14) Como anota BRANDARIZ GARCÍA, Ángel. "La protección penal de la seguridad social". En: VV. AA. *Temas Actuales de Derecho Laboral*. Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, p.614.

(15) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2000, pp. 515-516.

(16) Modificado por la Primera Disposición Final de la Ley Nº 27130, publicada el 2 de junio de 1999.

(17) También modificado por la Primera Disposición Final de la Ley Nº 27130.

a) Al Gerente designado conforme a los artículos 185 y siguientes de la Ley General de Sociedades, si el empleador fuera una sociedad anónima. Si el Gerente fuera una persona jurídica, la responsabilidad recaerá en quien la represente conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades;

b) Al funcionario de más alto nivel, si el empleador fuera una persona jurídica distinta;

c) Al Titular del Pliego o quien haga sus veces, si el empleador fuera una entidad perteneciente al Sector Público; y,

d) A la persona que dirige el negocio o actividad, si el empleador fuera una persona natural.

Existe responsabilidad solidaria solo en los casos dispuestos en el tercer párrafo del artículo precedente".

En cuanto al SNP, el artículo 4 del Decreto Ley Nº 20604 tipificó a mediados de los setenta un tipo penal especial para la apropiación ilícita de los aportes, en los términos siguientes:

"***Artículo 4.-*** *Constituye delito de apropiación ilícita la falta de pago por el empleador al Seguro Social del Perú de las aportaciones correspondientes al Sistema Nacional de Pensiones y a los regímenes de prestaciones de salud, retenidas a los asegurados obligatorios que no fueran abonadas dentro de los 60 días contados a partir del vencimiento del término para hacerlo. La sanción será en este caso la señalada en la primera parte del artículo 240 del Código Penal. El pago de las aportaciones retenidas, dentro de los 30 días de iniciada la acción penal, producirá la extinción de la misma, salvo que hubiere reincidencia en el delito".*

Si bien no existió una derogación expresa de dicha norma, al ser promulgado Código Penal de 1991, la falta de regulación de dicho ilícito nos llevaría a concluir que estaríamos ante una abrogación tácita, pues el legislador optó por la figura genérica de la apropiación ilícita a que alude el artículo 190 del citado código –aplicación que incluso podría asimilarse a otros tipos penales–, sin embargo, un mayor análisis nos lleva a considerar que existen ciertos rasgos que son inherentes a la apropiación de las aportaciones de la seguridad social en pensiones que no comparten los demás ilícitos, como veremos en los siguientes acápites.

a) Diferencias con el tipo básico de apropiación ilícita

Como sostiene pacíficamente la doctrina nacional[18], este delito se configura cuando el agente introduce dentro de su esfera de dominio un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido de manera lícita, negándose a proceder a la entrega, devolución o a la utilización preestablecida del mismo, generando un provecho propio o a favor de un tercero.

El artículo 190 del Código Penal regula el citado delito en los términos siguientes:

> *"**Artículo 190.-** El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer uso determinado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (…)".*

Fuera del análisis de los elementos objetivos de este delito –que no forman parte del presente comentario–, para su consumación resulta indispensable –dentro del ámbito subjetivo– que se constate la existencia del *animus rem simi habendi*, esto es, del deseo del agente de incorporar en su patrimonio un bien ajeno[19], situación que no se presenta necesariamente en el delito de apropiación ilícita de las aportaciones de la seguridad social en pensiones.

En efecto, es común –dentro de la irregularidad en la productividad y beneficios del mercado comercial y económico nacional– que el empleador retenga pero no pague las aportaciones por seguridad social en pensiones ante circunstancias transitorias de crisis financiera –que luego pueden devenir permanentes–, por tanto, estamos ante una imposibilidad material –que deberá ser acreditada– de formalizar dicho pago, en la cual no existe necesariamente una intención en el empleador de apropiarse de las cotizaciones[20], por tanto,

(18) Por todos: ROY FREIRE, Luis. *Derecho Penal peruano. Parte especial*. Volumen III, IPCP, Lima, 1983, p. 103 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Volumen III, AFA Editores, Lima, 1988, p. 219 y ss.; y, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 299 y ss.

(19) Como anota Enrique Bacigalupo, citando a Reinhart Maurach, es necesaria la presencia del elemento subjetivo adicional *(animus rem simi habendi)* pues de lo contrario, si fuera penalizado el sólo uso de un bien o de una suma de dinero, se colisionaría con las reglas del Derecho Civil Patrimonial (*Estafa de Seguros: Apropiación Indebida*. Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 66).

(20) Como indica José Ugaz Sánchez Moreno ("El Delito contra la Libertad de Trabajo". En: *Themis*. Nº 26, Revista de Estudiantes de la PUCP, Lima, 1993, p. 106), citando una ejecutoria del 22 de

ante la ausencia del *animus* –núcleo subjetivo del delito– no podría tipificarse como una apropiación ilícita genérica.

El uso indebido (o abusivo) de un bien, no es un sinónimo de la expresión apropiación, pues son conceptos que se excluyen recíprocamente, razón por la cual, para que un hecho caiga bajo el título de "apropiación", deberá constatarse el *animus rem simi habendi*, pues no siempre el uso (*animus lucrandi*) va a ir acompañado de la intención de apropiarse.

Esta apreciación coincide con la de algunos autores[21], que señalan que tampoco se estaría ante el tipo básico de la apropiación ilícita, en la medida que el empleador no tiene la obligación de devolver, sino la de remitir las aportaciones al ente recaudador, por lo que no estaría actuando en calidad de propietario sino tan sólo de intermediario, careciendo del dolo de apropiarse.

En un antiguo fallo de la Corte Suprema[22] se ha establecido que –para que se consume el tipo básico– la apropiación deberá aparejar un provecho para el agente o para un tercero, pues no basta la simple tenencia del bien para imputar este ilícito.

b) Diferencias con el delito de violación de la libertad de trabajo

De acuerdo al texto original del segundo párrafo del artículo 168 del Código Penal, incurría en delito de violación de la libertad de trabajo quien no entregase al destinatario la retención efectuada a la remuneración o indemnización del trabajador derivada de mandato legal o judicial. Este supuesto fue derogado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR.

La redacción vigente del referido artículo es la siguiente[23]:

*"**Artículo 168.-** Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:*

junio de 1979 del Supremo Tribunal Español, referida a adeudos laborales, no existiría el delito de apropiación cuando el impago sea consecuencia inevitable de una crisis económica. Dicho criterio también se puede extender a los adeudos por aportaciones de la seguridad social en pensiones.

(21) ÁNGELES GONZALES, Fernando. "Protección Jurídico Penal de los Derechos Laborales en el Perú". En: *Derecho Penal. Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 32.

(22) Ejecutoria Suprema del 8 de enero de 1998, recaída en el Exp. N° 327-97.

(23) El inciso 3 fue derogado por la Ley N° 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que incorporó el artículo 168-A en el Código Penal.

1. *Integrar o no un sindicato.*

2. *Prestar trabajo personal s*in la correspondiente retribución.

La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona este para extinguir las relaciones laborales".

Por mandato legal el empleador retiene un porcentaje de la remuneración del trabajador para entregarlo a la entidad recaudadora correspondiente: en el SNP, la Sunat, en el SPP, la AFP. De no cumplir con dicho mandato, se estaría incurriendo en el delito bajo comentario, como señalaban algunos autores(24).

Contrariamente a dicha postura, en la medida que legalmente se ha precisado que los aspectos relativos a pensiones no forman parte del Derecho Laboral sino del Derecho de la Seguridad Social –en específico, el Derecho Previsional–(25), el ilícito regulado por la norma citada –durante el tiempo que estuvo vigente– no podría haber sido aplicado de manera extensiva al delito de apropiación de las aportaciones, por la prioridad de la especialidad de las leyes y los derechos que de ellas emanan(26).

c) Diferencias con el delito de defraudación tributaria

El Decreto Legislativo Nº 813-Ley Penal Tributaria (LPT), tipifica en sus artículos 1 al 3 las modalidades del delito de defraudación tributaria, precisándose en el inciso b del artículo 2 el siguiente supuesto:

*"**Artículo 2.-** Son modalidades de defraudación tributaria reprimidas con la pena del artículo anterior: (…)*

*b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubi*eren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes".

(24) GAMARRA HERRERA, Ronald. "Violación de la Libertad de Trabajo". En: *Series Penales*. IDL, Lima, 1991, p.117; y, CARO CORIA, Carlos. "El Derecho Penal Laboral en el Perú". En: *Themis*. Nº 31, Revista de Estudiantes de la PUCP, Lima, 1995, p. 238.

(25) Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo Nº 070-98-EF - Texto Único Ordenado de la Ley del Régimen Previsional del Estado.

(26) MORALES CORRALES, Pedro. "La empresa y el delito laboral". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Nº 24, Lima, 1987, p. 84.

A partir de la modificatoria de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario por el artículo 2 de la Ley N° 27038, algunos autores[27] consideran que los aportes para pensiones del SNP (no incluye a los del SPP) han adquirido expresamente la calidad de tributo:

"Norma II

Las aportaciones que administran el Instituto Peruano de Seguridad Social –IPSS y la Oficina de Normalización Previsional– ONP se rigen por las normas de este Código, salvo aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales (…)".

No compartimos dicha postura, pues consideramos que las pensiones son prestaciones que no reunirían todas las características de conceptualización de los tributos, constituyéndose así en un elemento singular que –a partir de su configuración legal– tiene particularidades propias y distintas, lo que le da una autonomía e individualidad diferenciada.

En la teoría (y la práctica) los tributos se dividen en: impuestos, contribuciones y tasas[28]. Los impuestos, son los tributos de carácter general que pagará el contribuyente sin que exista una proporción respecto del beneficio (por ejemplo: el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto a la Renta, etc.). Las contribuciones, son aquellos tributos cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales (por ejemplo: Fonavi, Senati, Sencico, etc.). Las tasas, son tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente (por ejemplo: los arbitrios, las licencias de funcionamiento, etc.).

A las aportaciones de la seguridad social se las ha ubicado dentro de las contribuciones, y a su vez, dentro de dicho concepto se les coloca en el ámbito de la denominada parafiscalidad.

La contribución parafiscal ha generado diversas opiniones doctrinarias respecto a la definición de su naturaleza jurídica, a tal punto que algunos autores[29] le niegan un carácter tributario, sin embargo, se acepta mayori-

(27) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La sunatización de las aportaciones de la seguridad social". En: *Advocatus*. Nº 2, Revista de Estudiantes de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 186-187.

(28) Por todos: SANABRIA ORTIZ, Rubén. *Derecho Tributario e Ilícitos*. 2ª edición, Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 57 y ss.

(29) Morselli, citado por Raúl Rodríguez Lobato (*Derecho Fiscal*. México, 1983, pp. 83-84).

tariamente que comparten todas las características que distinguen a los otros tributos[30], a saber:

- Se establecen por mandato legal;
- Son exigibles coactivamente; y,
- Deben ser cumplidas por los sujetos determinados.

Pese a lo expuesto, considero –partiendo de la autonomía legislativa y científica del Derecho Previsional– que las aportaciones al SNP –si bien fijadas por ley y exigibles en sede coactiva– generan a favor del asegurado la posibilidad de acceder a una prestación económica (pensión) que solo lo beneficiará a él y a sus derechohabientes, por tanto, la LPT no debería aplicarse al supuesto de apropiación ilícita de dichas cotizaciones: el hecho que la Sunat sea el ente que las recauda es una medida operativa o funcional que no afecta su naturaleza previsional, lo que sería aceptado por la propia Ley Nº 27038 (Norma II, *in fine*).

III. LA NECESARIA PROMULGACIÓN DE UNA LEY DE DELITOS PREVISIONALES

Como hemos referido en los puntos precedentes, no existe discusión respecto a la necesidad de regular tipos penales específicos para tutelar los fondos de la seguridad social, en este caso, en materia de pensiones, sin embargo, tenemos serias dudas de la existencia de una voluntad política respecto a la aprobación de sanciones en sede penal para dichos supuestos.

En efecto, a pesar que el artículo 12 de la Constitución Política señala que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles –es decir, que no pueden ser utilizadas para un fin distinto, ni ser materia de medidas cautelares o ejecución forzada– y que su aplicación se sujeta a la responsabilidad señalada por ley, han pasado 20 años desde la promulgación de la Carta Magna y hasta la fecha no se dictado la ley de desarrollo que determine la naturaleza de dicha responsabilidad –es decir, si será administrativa, civil o

(30) Por todos: MARTÍN, José María. *Introducción a las Finanzas Públicas*. Depalma Editores, Buenos Aires, 1985, p. 225. El autor precisa que la parafiscalidad escapa del control público, como ocurrió en Argentina con el descalabro financiero generado por la Caja de Previsión Social.

penal–, con lo cual resulta una norma meramente declarativa, sin contenido ni eficacia práctica.

Corroborando lo expuesto, cabe recordar que el 24 de octubre de 2001 fue presentado ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley Nº 1067/2002-CR –reforzado posteriormente por catorce iniciativas legislativas adicionales–, que proponía la incorporación del Título V-A ("De los Delitos Previsionales") en el Libro Segundo del Código Penal, a efectos de regular cuatro figuras delictivas que sancionen supuestos de afectación a los fondos pensionarios, en los términos siguientes:

"LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL PARA CALIFICAR Y SANCIONAR LOS DELITOS PREVISIONALES

***Artículo 1.**– Incorpórese el Título V-A "De Los Delitos Previsionales" en el Libro Segundo del Código Penal, el mismo que queda redactado de la siguiente forma:*

TÍTULO V-A
DELITOS PREVISIONALES

***Artículo 208-A.**– El que se apropia, sustrae, dispone o desvía los aportes, en todo o en parte, destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un Fondo Pensionario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.*

El que actuando en cumplimiento de una orden emanada de un superior jerárquico incurre en el delito referido en el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

***Artículo 208-B.**– El que se apropia o dispone indebidamente de las retenciones sociales destinadas a una entidad recaudadora en materia pensionaria será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

***Artículo 208-C.-** El que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena el no reconocimiento de un derecho pensionario en el plazo establecido en la ley de la materia, o indebidamente niega este derecho al titular del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

***Artículo 208-D.-** El que en infracción de la obligación de conservar las planillas u otros documentos que acrediten el abono de los aportes*

previsionales dentro de los plazos previstos en la ley, permite su destrucción o desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

DISPOSICIÓN COMUNES

Artículo 208-E.- *Los delitos previstos en este Título quedarán constituidos luego de vencido el plazo de 15 días calendario para el cumplimiento del acto debido que deberá otorgarse al funcionario concernido, por vía notarial, antes de la formalización de la denuncia respectiva".*

El 3 de marzo de 2003 la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República formuló el siguiente texto sustitutorio del citado proyecto, proponiendo que se agreguen un cuarto y quinto párrafos al texto del artículo 190 del Código Penal (Delito de Apropiación Ilícita) y se regulen solo dos tipos penales en relación con dicha materia:

"LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y ESTABLECE LA TIPIFICACIÓN Y SANCIÓN DE DELITOS PREVISIÓNALES

Artículo 1.- *Modificación del artículo 190 del Código Penal*

Modifíquese el artículo 190 del Código Penal en los siguientes términos:

"Artículo 190.- (…)

Si el agente se apropia, sustrae, dispone o desvía las aportaciones, en todo o en parte, destinados a la constitución, formación, consolidación o desarrollo de un Fondo Pensionario o de prestaciones de salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Cuando el agente se apropia o dispone indebidamente de las aportaciones sociales destinadas a una entidad administradora en materia pensionaria, de salud o de seguros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Artículo 2.- Sobre los derechos pensionarios

El que, abusando ilegítimamente de sus atribuciones, comete u ordena el no reconocimiento de un derecho pensionario en el plazo establecido en la ley de la materia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La misma pena se aplicará al que incumple dolosamente las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente.

Artículo 3.- *Sobre los tenedores de las planillas de pago*

El que en infracción de la obligación de conservar las planillas de pago u otros documentos que acrediten el pago de los aportes previsionales dentro de los plazos previstos en la ley, permite su destrucción o desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

***Artículo 4.-** Agotamiento de la vía administrativa*

La interposición de la denuncia penal correspondiente en el caso del artículo 2 estará sujeta al agotamiento de la vía administrativa establecida por la Ley del Procedimiento Administrativo General señalado en la Ley Nº 27444 o por el Decreto Supremo Nº 002-94-JUS, y demás disposiciones modificatorias, complementarias y reglamentarias, según corresponda".

Más allá de las observaciones de técnica legislativa jurídico penal en la elaboración de dichas figuras y su posible coincidencia con otros tipos penales comunes ya regulados en el Código Penal, el proyecto tenía como principal valía el hecho de ser el punto de partida para iniciar el debate sobre una regulación específica de los ilícitos en materia pensionaria, como ocurre en la mayoría de países cuya legislación penal nos ha influenciado, como España[31] [32].

(31) **Código Penal de 1995. Artículo 307.- Delito contra la Seguridad Social**

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.
   Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:
   La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.
   La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.
2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.
3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida.
   La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

(32) Con anterioridad al Código Penal de 1995, la protección de los intereses de la seguridad social en España se derivaba a los clásicos delitos patrimoniales y falsarios, en aplicación del mandato establecido por el artículo 68 de la Ley General de Seguridad Social, como anotan: TERRADI-

Lamentablemente, como suele suceder en temas en los cuales los eventuales responsables son agentes que pueden influenciar en los legisladores, el Proyecto de Ley N° 1067/2002-CR solo terminó siendo la base para la dación de la Ley N° 28470, norma publicada el 26 de febrero de 2005 en el diario oficial *El Peruano*, que se limitó a la modificación de los artículos 37 y 38 del Decreto Supremo Nº 054-97-EF, en aspectos relativos a la liquidación de cobranza de adeudos previsionales de las AFP y algunas precisiones para el proceso judicial especial de ejecución para el cobro civil de dichos adeudos. La máxima sanción impuesta en esta norma, fue la de suprimir el beneficio de exoneración del pago de aranceles judiciales a las AFP.

En definitiva, con la finalidad de evitar que el manejo irregular de los fondos y las reservas de la seguridad social –en pensiones y salud– se repitan, es indispensable que se elabore una Ley de Delitos Previsionales, que regule los siguientes aspectos mínimos:

a) Un delito de apropiación específica para los empleadores que no entreguen los aportes de seguridad social –en pensiones y salud– que corresponden a sus trabajadores.

b) Un supuesto delictivo para sancionar a los funcionarios públicos y empresarios privados que utilicen de manera indebida los fondos y reservas previsionales.

Estas normas deberían ser aplicables tanto a los regímenes pensionarios públicos como a los privados, estableciéndose paralelamente un registro de los principales empleadores morosos –entre los cuales, el Estado es uno de los principales–[33] para afinar la utilización de las medidas coactivas y los procesos civiles de recupero, para obtener una pronta recuperación de dichos adeudos.

La sanción privativa de la libertad que se aplique a dichos ilícitos deberá ir aparejada a una de naturaleza económica (multa), en aras de disminuir esa costumbre evasiva de las obligaciones en materia pensionaria, que perjudica tanto a los trabajadores.

LLOS BASOCO, Juan y BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho Penal del Trabajo*. Editorial Trotta, Madrid, 1991, pp. 167-169.

(33) En el sexto considerando del Decreto de Urgencia N° 067-98, publicado el 15 de enero de 1999, se reconoció que los diversos organismos del Sector Público tenían deudas pendientes por aportaciones patronales impagas al SNP –solo por el periodo de enero 1988 hasta diciembre de 1996– por un monto total de S/. 551'337,115.87.

Para finalizar, queremos recordar que el 26 de julio de 2003 –hace más de diez años– entró en vigencia la Ley N° 28040, que establece (artículo 3) como requisito de procedibilidad previo para la formalización de denuncias penales contra los funcionarios públicos de las entidades administradoras de regímenes previsionales estatales –también incluiría a los funcionarios de la SBS, que supervisa el funcionamiento del SPP–, la presentación –ante el Ministerio Público o la Policía Nacional– de un Informe Técnico referente a los hechos y a la responsabilidad de los funcionarios y servidores de dicha entidad vinculados con la denuncia respectiva, aunque hubieran cesado(34). Consideramos que este requisito también podría aplicarse –de *lege ferenda*– para los tipos penales especiales que regulen los ilícitos previsionales.

(34) Con relación a esta norma: DAGNINO ARRIARÁN, Gino y ABANTO REVILLA, César. "El requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en materia previsional". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 152, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2006, pp. 133-136.