



Retos del Derecho del Trabajo Peruano:
Nuevo proceso laboral,
Regímenes especiales y
Seguridad y salud en el trabajo.



**IV Congreso Nacional de la Sociedad
Peruana de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

Retos del Derecho del Trabajo Peruano

PRIMERA EDICIÓN

OCTUBRE 2010

xxxx Ejemplares

Prohibida su reproducción total o parcial

DERECHOS RESERVADOS

D.Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

xxxxxx

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA

Xxxxxxx

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES

Erika L. Cuadros Grados

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

CONTENIDO

Comité Organizador del IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	9
Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	11
Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	11
Presentación	13
Programa del IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	15
Primer tema:	
NUEVO PROCESO LABORAL	
Ponencias Oficiales	
- La nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú <i>Mario Pasco Cosmópolis</i>	21
- Nuevo Proceso Laboral. Acceso a la tutela jurisdiccional <i>Néstor Morales González</i>	45
Ponencias Libres	
- La actividad probatoria en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Gabriel Acurio Salazar</i>	81
- La actividad probatoria: Eje del nuevo proceso laboral <i>Magaly Alarcón Salas</i> <i>Eric Castro Posadas</i>	97
- Anotaciones acerca de la legitimación especial para comparecer al proceso laboral <i>Oxal Víctor Ávalos Jara</i>	109

- Trabajo decente y modernización de la justicia laboral <i>Adolfo Ciudad Reynaud</i>	121
- El lado oscuro de la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Carlos Cornejo Vargas</i>	141
- El nuevo proceso laboral abreviado como vía igualmente satisfactoria en relación al amparo: Bondades y algunos apuntes para su consolidación <i>Manuel Gonzalo de Lama Laura</i>	157
- Comentarios sobre la oralidad en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Alfonso de los Heros Pérez-Albela</i>	169
- Algunas cuestiones relacionadas con la regulación de la legitimidad para obrar de los sindicatos en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Javier H. Espinoza Escobar</i>	181
- Los principios en el nuevo proceso laboral <i>Leopoldo Gamarra Vílchez</i>	203
- La nueva Ley Procesal del Trabajo y el Contrato Administrativo de Servicios <i>Elmer N. Huamán Estrada</i>	219
- La eficacia del proceso laboral y el Estado como parte <i>Mauricio Matos Zegarra</i>	233
- La protección jurisdiccional de la libertad sindical. Concepto y regulación en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Luis Mendoza Legoas</i>	245
- La nueva Ley Procesal del Trabajo y la empresa <i>Pedro G. Morales Corrales</i>	263
- Bases para la implementación de la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Sandro Alberto Núñez Paz</i>	275
- La legitimidad para obrar de las organizaciones sindicales en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Mónica Pizarro Díaz</i>	285
- La representación sindical en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>César Puntriano Rosas</i>	295
- ¿Impugno o pago?: La actuación de la sentencia recurrida en el proceso laboral peruano <i>Boris Sebastiani Araujo</i>	311
- La legitimación procesal de las organizaciones sindicales en el marco de la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Mauro Ugaz Olivares</i> <i>Sebastián Soltau Salazar</i>	327

- La tutela cautelar en el nuevo proceso laboral peruano <i>Michael Vidal Salazar</i>	345
- La audiencia de juzgamiento en la nueva Ley Procesal del Trabajo <i>Elizabeth Delgado de Marky</i> <i>Luis Vinatea Recoba</i>	361

Segundo tema:

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Ponencias Oficiales

- El derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo en la agenda sociolaboral del derecho comunitario andino <i>Estela Ospina Salinas</i>	381
- Seguridad y Salud en el trabajo <i>Liliana Tsuboyama Shiohama</i>	429

Ponencias Libres

- Los exámenes médicos en la relación laboral <i>May Lin Ataca Ugaz</i> <i>Carlos Cadillo Angeles</i>	465
- La importancia del establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo en los centros de trabajo aparentemente no riesgosos <i>Orlando de las Casas de la Torre Ugarte</i>	477
- Riesgos para la salud derivados de la labor de estiba y desestiba de los trabajadores aeroportuarios que justifica una contratación temporal <i>Javier Ricardo Dolorier Torres</i>	495
- Una breve mirada del tratamiento constitucional de la seguridad y salud en el Perú <i>Karla Cánova Talledo</i>	511
- Fiscalización laboral y sanción administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo <i>Renán Martín Mantilla Ramírez</i>	523
- El <i>mobbing</i> como riesgo psicosocial en el trabajo. Su protección desde la normativa sobre Seguridad y Salud en el Trabajo <i>Marlene Molero Suárez</i>	537
- Seguridad y Salud en el Trabajo: realidad y retos de las fiscalizaciones laborales <i>Jorge Toyama Miyagusuku</i>	553

Tercer tema:

REGÍMENES ESPECIALES

Ponencias Oficiales

- 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
Carlos Guillermo Morales 571
- Regímenes especiales en la legislación laboral peruana
Edgardo Balbín Torres 615

Ponencias Libres

- Algunas reflexiones sobre las condiciones necesarias para considerar válido un régimen laboral especial
Jorge Orlando Ágreda Aliaga 633
- Contratación del trabajador migrante andino: Carencias de la regulación vigente y avances para su mejora
Percy Alache Serrano 645
- El empleador en los contratos de utilización de aeronaves
Esther Blanca Ángeles Solano 655
- El régimen de la microempresa después de dos años de su entrada en vigencia
Mariella Antola Rodríguez 675
- ¿Cuándo estamos ante un régimen laboral especial?
Sara Rosa Campos Torres 689
- El Decreto Legislativo N° 1057 y el Contrato Administrativo de Servicios - CAS. Inconstitucionalidad y principales riesgos procesales y económicos
Jesús Carrasco Mosquera 701
- El Tribunal Constitucional y la determinación del nivel de negociación colectiva en los regímenes de construcción civil y de trabajo portuario
Elvira Castañeda Velásquez 717
- Algunos apuntes sobre las relaciones laborales predominantes en las microempresas familiares para orientar el debate en torno a la constitucionalidad del régimen laboral de la Ley de Mype.
Paul Cavalíe Cabrera 735
- A propósito de la discusión de un nuevo convenio de la OIT: ¿Tienen derechos laborales las trabajadoras del hogar?
Beatty Egúsquiza Palacín 755

- ¿Las empresas contratistas pueden celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional? <i>Frank Espinoza Laureano</i>	769
- Contrato especial agrario: Precisiones necesarias para reinsistir en la inconstitucionalidad, del art. 7.2 de la Ley 27360 y problemas y perspectivas en la contratación, prestaciones, descansos y contraprestación de servicios <i>Orlando González Nieves</i>	781
- La legitimidad constitucional de los regímenes laborales especiales <i>Luz Pacheco Zerga</i>	803
- El Contrato Administrativo de Servicios y el principio-derecho a la igualdad <i>Christian Sánchez Reyes</i>	817
- Una regulación de servicios laborales que debe corregirse: La aplicable a los trabajadores del hogar <i>Daniel Ulloa Millares</i>	835

IV CONGRESO NACIONAL DE LA SPDTSS

“Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo Proceso Laboral, Regímenes Especiales y Seguridad y Salud en el Trabajo”

Cusco, 27, 28 y 29 de octubre de 2010

COMISIÓN ORGANIZADORA

Guillermo Boza Pro (Presidente de la Comisión Organizadora)
César Gonzáles Hunt (Presidente de la SPDTSS)
Pedro Morales Corrales (Coordinador General)

COMISIÓN ORGANIZADORA - CUSCO

Víctor Mayorga Miranda (Presidente)
Amílcar Tello Álvarez
Miriam Pinares Silva

COMISIÓN CONCURSO LABORAL UNIVERSITARIO

Raúl Saco Barrios (Presidente)
Leopoldo Gamarra Vílchez
Isabel Herrera Gonzáles-Pratto
César Puntriano Rosas

COMISIÓN ACADÉMICA Y DE PUBLICACIÓN

Alfonso De Los Heros Pérez Albela
Javier Neves Mujica
Alfredo Villavicencio Ríos
César Abanto Revilla

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

CONSEJO DIRECTIVO

(Periodo 2009 - 2011)

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

RELACIÓN DE MIEMBROS

César Abanto Revilla	Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes	Luis Aparicio Valdez +
Luis Arbulú Alva	Elmer Arce Ortiz
Javier Arévalo Vela	Edgardo Balbín Torres
José Balta Varillas	Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Beltrán Quiroga	Guillermo Boza Pró
José Butrón Fuentes	Martín Carrillo Calle
Nixon Castillo Montoya	José Ignacio Castro Otero
Paúl Cavalíé Cabrera	Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelén	Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte
Alfonso De Los Heros Pérez Albela	Víctor Ferro Delgado
Leopoldo Gamarra Vílchez	Fernando García Granara
César Gonzáles Hunt	Orlando Gonzáles Nieves
Isabel Herrera Gonzáles-Pratto	Ricardo Herrera Vásquez
Ricardo Marcenaro Frers	Víctor Mayorga Miranda

Renato Mejía Madrid	Pedro Morales Corrales
Néstor Morales González	Carlos Guillermo Morales Morante
Javier Neves Mujica	Estela Ospina Salinas
Luz Pacheco Zerga	Paul Paredes Palacios
Mario Pasco Cosmópolis	Mario Pasco Lizárraga
Luigino Pilotto Carreño	Herbert Prella Mayuri
César Puntriano Rosas	Germán Ramírez-Gastón Ballón
Raúl Saco Barrios	Wilfredo Sanguinetti Raymond
Roberto Servat Pereira de Sousa	Jorge Toyama Miyagusuku
Liliana Tsuboyama Shiohama	Mauro Ugaz Olivares
Daniel Ulloa Millares	Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos	Luis Vinatea Recoba
Jaime Zavala Costa	Roger Zavaleta Cruzado

RELACIÓN DE MIEMBROS HONORARIOS

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

PRESENTACIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), celebra este año su IV Congreso Nacional. En esta oportunidad, la Comisión Organizadora del Congreso decidió realizarlo en la ciudad de Cusco los días 27, 28 y 29 de octubre de 2010. Han pasado poco menos de seis años desde que en el año 2004 la SPDTSS decidiera organizar este tipo de eventos académicos y creemos poder afirmar que, a estas alturas, se han convertido en uno de los espacios más importantes de reflexión y debate de la problemática del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en nuestro país.

Como en los Congresos anteriores se han elegido tres temas que destacan por su actualidad, pero que al mismo tiempo resultan gravitantes y de gran trascendencia en el funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo. La selección de los temas ha obedecido, en unos casos, a la dación de un nuevo marco regulatorio de dichas instituciones, o de la expedición, en otros, de pronunciamientos jurisdiccionales de los altos tribunales que van definiendo la validez y contornos de estas, lo que exige un tratamiento detenido de ellos.

En primer lugar, la dación y progresiva puesta en vigor de una nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) constituye para sus propulsores un importante eje para el logro de los objetivos que la reforma del sistema de justicia laboral se ha fijado. El nuevo proceso instaurado, asentado en el principio de oralidad, se proyecta como una vía más célere que permitirá una mayor eficacia y vigencia real de los derechos laborales, cuyo incumplimiento se ventile en sede judicial.

De otro lado, la atención que se ha prestado a los regímenes laborales especiales ha sido escasa, a pesar de una normativa que involucra cada vez más a un mayor número de personas que trabajan. Algunos de estos regímenes han cobrado notoriedad recientemente al haber sido objeto de controvertidos fallos por parte del Tribunal Constitucional, como es el caso del régimen laboral agrario, del régimen laboral de la micro y pequeña empresa y de la regulación del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) en el Sector Público.

Finalmente, un verdadero paradigma en el ámbito de los derechos fundamentales como límite a la libertad empresarial es el tema de la Seguridad y Salud en el Trabajo, cuya primera regulación sistemática en nuestro país se ha dado con el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo N° 009-2005-TR). Esta norma ha otorgado las

bases para que los actores sociales instauren una cultura de prevención en las relaciones de trabajo, absolutamente indispensable en la consecución de condiciones de trabajo modernas y más humanas.

Cabe señalar que, como en ocasiones anteriores, en esta también se ha convocado a destacados especialistas y a la comunidad iuslaboralista en general para que aporten en cada uno de los temas antes señalados. Por ese motivo, queremos agradecer a todos los autores de los estudios que aquí se publican. Se trata de seis ponencias oficiales y cuarenta y uno ponencias libres, todas ellas contribuciones de gran nivel académico. Ciertamente, nuestro agradecimiento se hace extensivo a todos los participantes y a las instituciones auspiciadoras que han hecho posible la realización del IV Congreso Nacional de la SPDTSS.

Guillermo Boza Pró
Presidente del Comité Organizador

César Gonzáles Hunt
Presidente de la SPDTSS

Pedro Morales Corrales
Coordinador General

IV CONGRESO NACIONAL DE LA SPDTSS

“Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo Proceso Laboral, Regímenes Especiales y Seguridad y Salud en el Trabajo”

Cusco, 27, 28 y 29 de octubre de 2010

PROGRAMA

MIÉRCOLES 27 DE OCTUBRE

Sesión Inaugural

6:00 pm - 6:30 pm

Ceremonia de Inauguración

Dr. Guillermo Boza Pró
Presidente del Comité Organizador

Dr. César Gonzáles Hunt
Presidente de la SPDTSS

6:30 pm - 7:15 pm

Conferencia de Apertura

Dr. Ricardo Escudero Rodríguez (España)
Catedrático de la Universidad Alcalá de Henares

8:00 pm - 11:00 pm

Cóctel de Bienvenida

JUEVES 28 DE OCTUBRE

Sesión de la Mañana

9:00 am - 12:30 pm

Primer Tema: Nuevo Proceso Laboral

Ponencias Oficiales

9:00 am - 9:40 am

Dr. Mario Pasco Cosmópolis

9:40 am - 10:20 am

Dr. Néstor Morales González

10:20 am - 10:40 am

Pausa Café

10:40 am - 12:30 pm

Ponencias Libres

Director de Sesión
Dr. Adolfo Ciudad Reynaud

Sesión de la Tarde

4:00 pm - 7:30 pm

Ponencias Oficiales

4:00 pm - 4:40 pm

4:40 pm - 5:20 pm

5:20 pm - 5:40 pm

5:40 pm - 7:30 pm

Segundo Tema: Seguridad y Salud en el Trabajo

Dra. Estela Ospina Salinas

Dra. Liliana Tsuboyama Shiohama

Pausa Café

Ponencias Libres

Directora de Sesión

Dra. Victoria Ampuero de Fuertes

VIERNES 29 DE OCTUBRE

Sesión de la Mañana

9:00 am - 12:30 pm

Ponencias Oficiales

9:00 am - 9:40 am

9:40 am - 10:20 am

10:20 am - 10:40 am

10:40 am - 12:30 pm

Tercer Tema: Regímenes Especiales

Dr. Carlos Guillermo Morales Morante

Dr. Edgardo Balbín Torres

Pausa Café

Ponencias Libres

Director de Sesión

Dr. Paul Cavalié Cabrera

Sesión de la Tarde

4:00 pm - 5:30 pm

Mesa Redonda: Seguridad Social en Salud

Dr. Víctor Mayorga Miranda

Dr. Leopoldo Gamarra Vélchez

Dr. Julio Gómez Díaz

5:30 pm - 6:00 pm

Concurso Laboral Universitario

Premiación de ponencias ganadoras

6:00 pm - 6:20 pm

Pausa Café

6:20 pm - 7:00 pm

Conferencia de Clausura

Dr. Wilfredo Sanguinetti Raymond

Catedrático de la Universidad de Salamanca

7:00 pm - 7:15 pm

Clausura

9:00 pm

Fiesta (opcional)



**PRIMER
TEMA**

Nuevo Proceso Laboral

**PONENCIAS
OFICIALES**

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PERÚ

Mario Pasco Cosmópolis^()*

Con plausible criterio, los organizadores del IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social han determinado como uno de sus temas centrales el de la nueva Ley Procesal del Trabajo.

Plausible, decimos, no solo por la gran actualidad del tema, sino sobre todo por su trascendencia.

La nueva Ley Procesal del Trabajo - NLPT, en lo sucesivo fue promulgada el 15 de enero de 2010, y entró en vigor recién a partir del 15 de julio, o sea hace pocos meses a la fecha del Congreso.

Es prematuro aventurar nada acerca de su eficacia, ya que su aplicación progresiva ha comenzado en distritos cuya carga procesal no es de las más elevadas.

Además, si consideramos los tiempos necesarios que deben transcurrir entre la demanda y la audiencia, de juzgamiento es poco probable que haya ya casos totalmente concluidos, a lo más algunos, en primera instancia, a la fecha en que esto se escribe. Quizás entre el tiempo que media desde la preparación de esta ponencia hasta su presentación se hayan producido casos dignos de mención. Si así fue, haremos el intento por mencionarlos en aquella futura ocasión.

(*) Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro titular del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Por ahora, entonces, debemos centrarnos en los aspectos teóricos y en los cambios decisivos que la NLPT aporta. Para ello, dividiremos esta ponencia en cuatro partes.

En la primera examinaremos la oralidad como sistema, o por mejor decir el sistema de litigación oral, que es el soporte medular de la nueva norma.

En la segunda veremos lo tecnológico: ¿de qué manera o en qué medida la NLPT se apoya en la tecnología?; o, dicho con palabras solemnes, ¿de qué manera se coloca a la tecnología al servicio de la justicia?

La tercera parte estará dedicada al juez, el verdadero protagonista del nuevo sistema procesal: sus roles y responsabilidades.

La parte final estará dedicada a describir, de modo muy sucinto, algunas de las novedades absolutas que la NLPT aporta. Más que analítica, esta parte será descriptiva y podrá servir como una guía útil para quien quiera conocer más de cerca los cambios producidos.

I. LA ORALIDAD COMO SISTEMA. LA LITIGACIÓN ORAL

Se ha predicado ampliamente de la NLPT que su principal característica es la oralidad, lo cual es cierto. Pero no lo es todo. En realidad, de lo que se trata es de un cambio de sistema procesal; cambio, si se quiere, revolucionario, ya que remece los arcaicos métodos aplicados en nuestro país por muchas décadas, bajo el membrete de oralidad, pero que fue siempre una falsa oralidad.

Los sistemas suelen ser clasificados en dos grandes tipos: oral o escrito. Cuando la oralidad es acogida, pasa a ser el rasgo dominante, el elemento nuclear, la clave definitoria del proceso.

La diferencia no consiste en que en el proceso oral todos los actos deban ser, por necesidad, efectuados de viva voz, ni que en el proceso escrito todos deban registrarse en papel, sino que lo realmente importante es la manera cómo se relacionan las partes entre sí y, sobre todo cómo actúa el juez, el modo cómo toma contacto con el proceso y aprecia la prueba.

En el proceso escrito, los actos fundamentales se verifican a través de la presentación de escritos, que se van sucediendo e intercambiando conforme el proceso avanza. Algunos de tales actos van a desahogarse de manera oral como las declaraciones de parte o las testimoniales, pero aún en ellos debe presentarse de antemano el pliego interrogatorio, y la deposición del declarante habrá de registrarse bajo forma de acta, todo lo cual convierte al proceso en una serie de folios que, en su momento, son sometidos al escrutinio del juez, quien profiere su sentencia también bajo la misma forma.

El sistema oral exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: intermediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más, al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad.

En el proceso oral, entonces, las cosas discurren de distinta manera que en el proceso escrito. Sin embargo, para no incurrir en anfibología, lo más recomendable es hablar de litigación oral. Porque no se trata de cambiar un simple atributo o peculiaridad del proceso, sino conferirle un carácter que cimienta y califica todo un sistema procesal.

En este punto es necesaria una prevención. Casi sin excepción los textos legales, a lo largo y ancho del Continente, y todos los que sucesivamente han regulado el proceso en nuestro país, hablan de oralidad. Hemos vivido a la sombra de la ficción de que nuestros procesos laborales eran orales o, al menos, que lo eran de modo predominante. Hasta he leído un artículo en el que se sostenía que el proceso civil en nuestro país es en realidad oral, y que se está levantando demasiada polvareda innecesaria con la NLPT, ya que esta no innova.

Pero la realidad es tozuda y se impone a las falsas teorizaciones. Las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, que es la esencia del principio de primacía de la realidad. Aunque en los textos los procesos afirman ser orales o al menos mixtos, en la práctica son escriturarios, puesto que todas o la mayoría de las actuaciones se producen fuera del despacho judicial, e incluso aquellas actuaciones que se descargan de manera verbal terminan reducidas a actas y a escritos.

Es una falsa oralidad, una “oralidad caricaturizada”, como dice Stafforini⁽¹⁾, que “como género híbrido carece de las respectivas ventajas de ambos tipos procesales; en ella se dicta, no se habla, y se dicta para que se lea, no para que se escuche, perdiéndose así simultáneamente las ventajas de la escritura y las ventajas de la oralidad”.

Los actos que deben ser orales se transforman, por necesidades de la forma, en actos escritos, o peor aun, las actuaciones son leídas de viva voz, como sucedía en nuestro país, por ejemplo, con la audiencia penal, que consistía en una lectura tediosa e innecesaria de actas y documentos inacabables, lo cual es llanamente una absurda pérdida de tiempo para todos quienes la sufren y la negación misma de la auténtica oralidad.

La audiencia, cuando no puede concluir en una sola fecha, es descuartizada en oportunidades distantes y aisladas, rompiéndose su unidad.

(1) STAFFORINI, Eduardo. *Derecho Procesal Social*. Editora Argentina, Buenos Aires 1995, p. 360.

La intermediación del Juez es apenas formal y las audiencias son un remedo de la oralidad, con ritos centenarios como los de los pliegos interrogatorios, etc. El Juez, además, se limita a expeditar lo indispensable, sin asumir el papel protagónico que el nuevo proceso le impone.

La sentencia es pronunciada meses y hasta años después de realizada la audiencia, cuando el Juez no recuerda ni por asomo lo acontecido en su presencia.

No se diga nada de las instancias superiores, en las que los magistrados no conocen a las partes ni por el rostro, no han visto jamás a un testigo ni presenciado una sola de las declaraciones y demás actuaciones. Los informes orales, por lo demás, solo son un ejercicio retórico que, en muchos casos, está destinado solo a que el cliente, sentado en el auditorio, presencie la actuación de su abogado, se convenza de su elocuencia y se persuada de que ha agotado su mejor esfuerzo en su defensa. Los vocales rara vez escuchan con atención al informante, salvo casos aislados y de excepción.

Ese sistema, prevalente en la mayoría de países, conjuga lo peor de los dos sistemas: es más engorroso que el sistema escrito, porque demanda mucha presencia del juez, las partes y los abogados, y consume por ende mucho de su tiempo, pero no tiene las ventajas del juicio oral.

La falsa oralidad es peor que la escrituración y como sistema –o quizás sea mejor decir, como método– es en realidad un engorro y no una solución.

Al proceso oral conocido también como proceso por audiencias se le atribuyen innumerables ventajas, entre ellas, su sencillez, ya que, en términos generales, todos sabemos hablar pero no todos sabemos leer ni podemos escribir. Habida cuenta de que en el litigio laboral participa siempre, por necesidad, un trabajador o un conjunto de ellos, y que estos no son necesariamente letrados, uno de los rasgos que la doctrina reclama para el proceso laboral es la simplicidad, tanto en la estructura del procedimiento cuanto, incluso, en la formulación del texto legal, los cuales deben ser de fácil inteligencia para el lego. Tal propósito es más factible con un trámite oral que a través del intercambio de escritos, hábitat natural del abogado, no del trabajador.

Acaso la principal virtud del proceso oral es que permite la intermediación, como acertadamente acota Paúl Paredes⁽²⁾, quien agrega: “En sentido amplio, oralidad significa intermediación, concentración, publicidad, unidad de instancias, libre valoración de la prueba, celeridad y simplificación de formas”. Oralidad e intermediación conforman el binomio clave que permite al juez conocer las interioridades del proceso en forma directa, sin dilaciones y sin intermediarios, lo cual resulta

(2) PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral*, ARA Editores, Lima, 1997 p. 108

vital para la apreciación, valoración e interpretación de la prueba, que es –qué duda cabe– lo más importante del mismo.

En un proceso escrito, el “juez carece (...) de contacto con las partes y con los hechos”; a él le llega “solamente el eco atenuado o impersonal de los escritos redactados en el momento del examen de los testigos, así como el de la inspección de lugares, etc. En los sistemas orales, en cambio, normalmente existe una relación directa entre el Juez y el material probatorio, ya que las pruebas se presentan, fundamentalmente, en la audiencia y el Juez presencia la declaración de los testigos y la exposición que las propias partes hacen respecto de los hechos en litigio. En esta forma el Juez se encuentra en mejores condiciones para valorar la cuestión controvertida”⁽³⁾.

A lo que agregamos las palabras de Ossorio y Gallardo⁽⁴⁾: “La palabra hablada consiente el diálogo, la réplica instantánea, la pregunta y la respuesta. En el curso del informe de un letrado, al juez se le pueden ocurrir numerosas dudas o aclaraciones que debe plantear y esclarecer en el acto dirigiéndose al informante. En el procedimiento escrito el juez no puede entretenerse en enviar comunicaciones para dichos fines”.

La oralidad no es, pues, la mera prevalencia de la expresión hablada sobre la escrita en el desarrollo de las actuaciones procesales, sino que constituye un sistema alterno y distinto al del proceso escriturario, en el que se conjugan además la concentración y la inmediación, lográndose además la ansiada celeridad.

Otro rasgo vital es la publicidad: cualquier persona puede presenciar la audiencia, que es abierta.

Es conveniente detenerse en este rasgo, a nuestro ver esencial. La audiencia de juzgamiento debe ser pública por una doble razón: en primer lugar, para que la sociedad, simbólicamente representada en el conjunto de los asistentes, puede ejercer un contralor sobre la imparcialidad y acierto del juez. Como el fallo debe ser proferido al término mismo de la audiencia, quienes la han presenciado se forma su propio criterio, que no tiene por qué desentonar grandemente del que a su vez se forme el juez, si aplican ambos el sentido común. Siendo así, con los matices que la realidad impone, será difícil para un juez emitir una sentencia que contraríe lo que ha quedado evidenciado de las actuaciones que todos han visto. Es, si se quiere, un freno subjetivo a la corrupción.

Pero además, tanto el juez como también los abogados, por cierto, estarán rindiendo en cada audiencia una especie de examen de idoneidad. Aquel que no estudie de antemano el caso; que no lo conozca y domine en profundidad; que no

(3) *Ibíd.* p. 443.

(4) Cit. por RUPRECHT, Alfredo J. “Autonomía del derecho procesal del trabajo”. En: *Derecho Laboral*. N° 117, enero-marzo 1980, p. 118 (El alma de la toga, Bs. As. 1940, p. 187).

planifique su actuación, organice sus interrogatorios, estudie lo necesario; aquel, en suma, que no prepare su performance quedará evidenciado; saltarán a la vista su improvisación, su desconocimiento, su ignorancia, su ineptitud. Y no solo frente al público presente, sino para la posteridad, ya que su actuación quedará registrada de modo indeleble en voz e imagen, a través de la grabación de la audiencia.

Por eso la publicidad es no solo importante, sino necesaria. Sin ella el proceso oral perdería una de sus principales virtudes, y con ello su eficacia.

Lo que caracteriza al proceso oral, entonces, no es solo que las cosas, en vez de escriturarse, se verbalicen, sino que todo el trámite se realice en audiencia, con la presencia indispensable e insustituible del juez, quien no es un espectador sino que pasa a ser el verdadero protagonista al dirigir, enrumbar y conducir todas las actuaciones, que deben llevarse a cabo y agotarse en un concentrado y mínimo número de diligencias.

En el proceso oral el mero conocimiento del derecho por sí solo no es suficiente⁽⁵⁾. (...) requiere la correcta integración del derecho sustantivo, procesal y la prueba, mediante la adquisición de destrezas y habilidades en litigación oral, como la construcción de la teoría del caso, la ejecución de interrogatorios o contrainterrogatorios, la objeción de preguntas, la formulación de alegatos de apertura y de clausura, así como la introducción de evidencias en el juicio oral”.

Esta es una cuestión capital. Nada hay que sustituya, en la formación de criterio, a la percepción directa, en especial de los testigos. La reacción a las preguntas, la claridad de las respuestas, las dudas, las vacilaciones, los silencios son muchas veces más convincentes que el contenido formal recogido en el acta, que muchas veces se limita a un lacónico Sí o No, desprovisto de toda carga comunicativa.

Las sensaciones, las emociones, los sentimientos no se expresan solo con palabras; es más, muchas veces se esconden o encubren detrás de las palabras. Hay, sin embargo, un metalenguaje que se trasunta en los gestos, los ademanes, los tics, y otras manifestaciones corporales, que tan magistralmente describió Sigmund Freud en su *Psicopatología de la vida cotidiana*, que son incontrolables a nivel consciente y, en razón de ello, más fidedignos que las palabras. Por lo demás, es regla conocida que la primera impresión es duradera y, casi siempre, la más acertada.

“Cuando el juez está en relación directa, personal, inmediata, con los justificables, escucha sus alegaciones, recibe y pide sus explicaciones, aclara sus dudas, oye a los testigos y ve y ausculta sus reacciones y semblantes, sus oscilaciones y reticencias, pide aclaraciones a los peritos, ve los lugares y las cosas sobre las que versa el litigio, recibe entonces una fuente de

(5) AVALOS CISNEROS, María. “La práctica de la litigación oral”. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal de El Peruano, Lima, 20 de octubre de 2009.

convencimiento y evidencia muy superior al que le brinda cualquier otro medio de conocimiento”⁽⁶⁾.

Es que, como resalta Cernelutti,

“en la práctica de las pruebas se distinguen dos etapas: la percepción y el juicio. Este es consecuencia de aquella. Un juicio o valoración de la prueba acertado solo se logra en la medida en que el juez haya participado directamente en su práctica, pues ese es el medio idóneo y único en que lograr entrar en contacto con las personas ya sean partes o terceros, con los lugares, documentos y en fin con cualquier objeto procesalmente pertinente”⁽⁷⁾.

Al Juez laboral se le exige, además, una posición activa, dinámica, para liderar el proceso, que es reconocido por eso como uno cuasi inquisitivo. Por lo tanto, al momento de la actuación de las declaraciones no puede esquinarse y recibir, de manera pasiva, el interrogatorio prefabricado de la parte que ofreció la prueba, ni la manifestación muchas veces también prefabricada del declarante, sino que tiene que intervenir en forma ágil, siguiendo el vaivén de las preguntas y respuestas, y haciéndose una composición de lugar en la que los vacíos que surjan deben de ser colmados con la intervención del propio juez, cuyo deber es buscar la verdad real.

Resulta llamativo, al respecto, que la NLPT señale que los interrogatorios los conduce prioritariamente el juez. Las partes y sus abogados *también* pueden intervenir. El adverbio no es gratuito, sino que es el que conlleva la carga semántica: lo esencial es que el juez interrogue; que lo hagan las partes es secundario, accesorio, complementario. En este “también” del artículo 24 está condensado mucho de la filosofía de la NLPT.

Por cierto, la mecánica de la actuación probatoria en un proceso oral debe ser idónea a tal propósito, por lo que el interrogatorio debe ser libre y directo, sin las ataduras del pliego asertivo y los formulismos anacrónicos del “Diga Ud. como es verdad que (...)”.

Porque, aunque el Código Procesal Civil mudó de confesión a declaración de parte, ese fue un cambio apenas retórico: lo esencial permaneció. Las partes concurren para confesar; son testigos contra sí mismos; nada de lo que digan las puede favorecer; todo lo que digan las puede perjudicar.

En un proceso cuyo norte es la verdad auténtica, la verdad verdadera, y no la simplemente procesal, el objeto de todo interrogatorio no es coger a la persona en falta, sino llegar a esa escurridiza verdad. De allí que a la parte la pueda interrogar incluso su propio abogado, detalle imposible en la clásica confesión

(6) EISNER, citado por Paredes Palacios, Paúl. Ob. cit., p. 109

(7) VALLEJO CABRERA, Fabián. *Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*. Librería Jurídica Sánchez R.Ltda., Bogotá, 2ª. edición, 2002, p. 59

Los peritos comparecen, no para la ratificación ritual y superficial de lo que sentaron por escrito, sino para dar explicaciones, absolver dudas, responder a cuestionamientos y, en general, mostrar, más que el resultado final de sus pesquisas, concretado en sus opiniones, la manera cómo se formaron, el método que siguieron, el decurso de sus indagaciones y el razonamiento que guió a la formación de su criterio, nada de lo cual se traduce en el peritaje, que suele ser un instrumento conciso y poco ilustrativo de ese desarrollo subjetivo.

El proceso oral se desenvuelve sobre la base de determinadas premisas y objetivos claramente predeterminados.

El primero es que las actividades centrales del proceso deben ejecutarse en audiencia presencial continua, con asistencia forzosa de las partes y bajo la presidencia inexcusable del juez. Por consiguiente, cuando una sesión se cierra sin concluir por razones del tiempo, no debe citarse para su continuación en una fecha distante, sino inmediata, al día siguiente, y así de modo sucesivo hasta agotarla. Solo así puede darse el *continuum* requerido para que el Juez pueda apreciar la litis en su integridad, no fraccionada o mutilada.

El segundo es que en esa audiencia todas las actuaciones se ejecuten en forma oral: los interrogatorios, los testimonios, los peritajes, todo, en fin, debe ser desahogado de viva voz. Incluso, todo ello debe ser registrado, no solo en actas escritas, sino con el uso de los medios técnicos de que hoy con tanta facilidad se dispone: cinta magnetofónica, vídeos, etc., con el objeto de que, en su momento y de ser necesario, sean apreciados por el juzgador con la máxima proximidad objetiva al modo como fueron actuadas. Así lo prevé el artículo 12 de la NLPT.

La tercera exigencia es que la sentencia sea dictada en la propia audiencia, en forma casi instantánea, cuando el Juez está todavía bajo el impacto intransferible de lo que acaba de vivir. Así lo imponen los artículos 33, 37, 47 y 49, según los tipos de proceso y las instancias.

La cuarta, que todo se haga de manera pública, en presencia de espectadores que van a ser testigos y críticos de la actuación del juez y de los abogados litigantes.

Con ello se logra la fusión de los diversos atributos ideales del proceso laboral: sencillez, celeridad, concentración e inmediatez, logrados a través de la oralidad.

No obstante, el esquema tolera que las dos piezas liminares: la demanda y su contestación, con todo lo que las acompaña o rodea, puedan mantenerse en forma escrita, con lo que el sistema puede ser calificado como mixto. A ese respecto, resulta curiosa la contraposición de las leyes española y venezolana: en la primera, la demanda debe ser escrita y la contestación, necesariamente oral; en la segunda, la demanda puede ser oral, pero la contestación es forzosamente escrita.

Proceso oral: los desafíos

Son muchos y muy variados los desafíos que tendrán que afrontar jueces, auxiliares de justicia, abogados, litigantes, testigos, peritos.

Según ya se ha visto el juez, como el líder, debe dirigir y conducir la audiencia, lo que equivale a decir el proceso mismo. No podrá hacerlo con la actitud tradicional, distanciada, inerte, supeditada a la iniciativa de las partes, sino que debe asumir ser calidad de protagonista, el eje en torno del cual gira todo. Él debe ordenar y conducir las actuaciones, presidiéndolas, ya que es él quien primero interroga tanto a las partes como a los testigos y peritos, para lo cual debe tener un conocimiento previo profundo de la materia en discusión, del contenido del proceso, las pruebas ofrecidas, las que acepta y las que rechaza, y la forma cómo serán actuadas. Está obligado, pues, a estudiar el caso y preparar en forma antelada la audiencia.

Para los auxiliares de justicia, los desafíos vienen por el lado de la tecnología, que ellos tendrán no solo que manejar sino dominar. A este respecto, todo el tiempo que inviertan en capacitación lo recuperarán con creces a través de la simplificación, porque en vez de actas engorrosas, tendrán que manejarse con filmadoras y discos informáticos.

Eso no elimina del todo la necesidad de un elemento escrito, que contendrá la demanda y la contestación, como también la prueba instrumental y las pericias, pero las actas serán sucintas, sin pormenores innecesarios, ya que lo que prevalecerá es el registro magnético o informático. El expediente escrito será, pues, apenas un soporte secundario, a efectos de archivo.

Quienes tengan que prestar declaración –las partes, los testigos– enfrentarán ahora interrogatorios punzantes, impregnados del calor de la improvisación y adaptados a los avatares del propio litigio. Ya no más los pliegos inexpresivos, con preguntas previsibles, sino el interrogatorio directo –*cross examination*– de un juez que conoce a fondo el caso y de abogados que harán uso de sus mejores artes para arrancarles declaraciones que favorezcan las posiciones que defienden.

Para el abogado, en vez de la comodidad de redactar desde el bufete pliegos pretendidamente incisivos, pero en realidad, previsibles, tendrá que poner en juego toda su habilidad en la audiencia misma. El abogado “principal” ya no podrá delegar en sus asistentes el trámite de las audiencias, sino que tendrá que comparecer él mismo, porque la audiencia es la única y gran oportunidad para ganar –como también para perder– el juicio. No hay otra. De modo que tendrán también que estudiar a conciencia el caso y prepararse para una performance en vivo y en directo.

Todo ello a partir de que las pruebas, por sólidas que sean, tendrán que ser actuadas en la audiencia. Las pericias conservarán el valor que reflejan en el documento escrito, pero el perito tiene que asistir a la audiencia y solventar sus opiniones ante el juez y las partes y el perito rival, para enfrentar cuestionamientos incisivos, no acerca de lo que la pericia dice, sino de cómo y por qué lo dice; más importantes que la conclusión pasa a ser el método utilizado para llegar a ella.

Por lo tanto, el perito no considerará cumplida su misión con la elaboración del informe, sino que tendrá que estar preparado para someterse al escrutinio de

todos los interesados. La pericia escrita pasa a ser solo el insumo material, y quedará así registrada en el expediente, pero lo que influirá en el ánimo del juez y, por consiguiente, podrá ser determinante para su fallo es lo que el perito demuestre en el curso de la audiencia: su solvencia, su seguridad, su convicción serán, a la larga, tanto o más suasorias que sus propias conclusiones.

II. EL SOPORTE TECNOLÓGICO: LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA

Los tiempos que corren han sido pródigos en novedades y avances técnicos.

Doce o quince años atrás, cuando fue puesta en vigor con grandes auspicios la Ley N° 26636, recibida con entusiasmo como una norma moderna y de avanzada, la computadora iba ganando terreno, pero aún no era un instrumento dominante, el teléfono celular seguía siendo un instrumento en manos de pocos privilegiados, e Internet era visto como un avance de la futurología.

Hoy, esos instrumentos son de uso común y generalizado. Tanto que parece difícil imaginar cómo era el mundo sin ellos, o recordar cómo era antes de ellos.

El desarrollo en los últimos años ha sido pasmoso, acelerado, deslumbrante. Y además, en lo que al uso de esas ventajas se refiere, universal y democrático: Internet, la computadora y el celular no son privilegio de minorías, sino herramientas que utiliza con naturalidad todo el mundo.

¿Cómo, entonces, no aprovecharlas para ponerlas al servicio de la justicia? ¿Cómo podríamos, en el siglo XXI, seguir con una administración de justicia anclada en el siglo XIX?

Lo que la NLPT aporta es, en realidad, apenas un avance moderado; todavía no se aprovechan las ventajas tecnológicas en toda su variedad e intensidad. Falta llegar al expediente electrónico, que debe ser la meta a alcanzar en un horizonte mediano.

Con el expediente electrónico, no solo se tendrán notificaciones vía Internet, como la NLPT ya contiene, sino que será posible la presentación de demandas y contestaciones; la actuación de determinados medios probatorios; la automatización de proveídos y resoluciones de trámite; la calendarización automática de audiencias y vista de las causas; el uso de videoconferencias, que pueden permitir declaraciones testimoniales o periciales de personas que se encuentren fuera del distrito judicial; y en especial la información y gestión del expediente a través de la página Web⁽⁸⁾.

(8) Cfr. TORRES LÓPEZ, Edgardo. "Justicia electrónica en América Latina". En: diario oficial *El Peruano*, 12 de agosto de 2010, p. 12.

Notificaciones

El sistema tradicional de notificación de las actuaciones procesales es engorroso, lento y costoso. Aunque parezca increíble cualquier notificación, la más simple de ellas, genera la participación de no menos de 18 ó 20 personas, cada una de las cuales cumple un papel necesario, pero que va generando recargas de tiempo y, por ende, ralentamiento del trámite. Si cada una de ellas, por decir, necesitara medio día para cumplir su faena, solo con eso tenemos una dilación de 9 ó 10 días útiles.

Estos tiempos muertos son parte de las causas que generan morosidad en la administración de justicia.

La NLPT exige una sola notificación física: la del traslado de la demanda⁽⁹⁾; prácticamente todas las demás se practican de modo presencial. Así, en la audiencia de conciliación se señala día y hora para la de juzgamiento; en esta se señala día y hora para la entrega de la sentencia, y así sucesivamente.

Además, es requisito de admisibilidad de la demanda y de su contestación que se indique la dirección de correo electrónico en que se practicarán cualesquiera otras notificaciones, si las hubiere.

Para ello, la NLPT exige como requisito para la demanda y para la contestación el señalamiento de correo electrónico.

Es todavía un avance tímido, si se quiere. Nosotros pensamos que ese requisito –el de fijación de un domicilio electrónico– debería introducirse en el acto constitutivo de toda sociedad mercantil. Así como se señala en la escritura el domicilio físico, debería exigirse el electrónico; de ese modo, a quien deba litigar contra una empresa le bastaría entrar en el portal de la SUNARP y obtener allí el correo electrónico registrado, de modo que la demanda le sea puesta en conocimiento por vía cibernética, prescindiéndose allí también de la engorrosa notificación por mensajero.

Filmación de las actuaciones

En vez del vetusto método de levantamiento de actas de cada diligencia, que recarga la duración de las mismas y el trabajo físico de los auxiliares y del propio juez, con la NLPT aquellas serán filmadas, y lo que quedará será un registro magnetofónico. Las partes podrán obtener copia de tal registro, para su propio uso.

De ese modo, a más de disminuir la carga de trabajo, se obtendrán grandes ahorros de tiempo y dinero, ya que las audiencias podrán discurrir de manera continua, sin el engorro del labrado de actas.

(9) Se deben notificar también, en físico, algunas incidencias poco frecuentes como la admisión de un tercero con interés, las medidas cautelares y casi nada más.

En las instancias revisorias, los tribunales tendrán acceso no solo al expediente tradicional, aunque aligerado –que de todos modos debe subsistir, ya que demanda, contestación, prueba instrumental y otros siempre existirán escritos–, sino al registro fidedigno de la audiencia, lo que les permitirá apreciar razonablemente las peripecias acontecidas en la misma.

Algunos críticos cuestionan el alto costo presumible que este equipamiento puede significar. No compartimos ese punto de vista. Hoy en día los implementos electrónicos tienen precios muy accesibles y algunos accesorios, como por ejemplo los discos de vídeo (DVD), son de un costo ínfimo, máxime si cada litigante podría llevar su propio disco en blanco, para recuperarlo ya grabado con la audiencia.

Planilla electrónica

Como en el Perú se ha ya sustituido la tradicional planilla de pago de remuneraciones, que antaño se llevaba en forma manual y fue luego informatizada, por la planilla electrónica, que es remitida periódicamente al Ministerio de Trabajo, el Juez podrá obtener en forma inmediata el acceso a ella, simplemente ordenando que dicho Ministerio la ponga a su disposición por vía telemática.

De otro lado, cuando existía una sola planilla física y el empleador tenía varios juicios simultáneos, era materialmente imposible revisar la planilla mientras no fuera procesada en el primero de ellos, y así sucesivamente.

Hoy, con la planilla electrónica, esta puede ser enviada en forma simultánea a todos los juzgados en que se ventilen procesos contra un mismo empleador.

El Ministerio de Trabajo ha puesto ya a disposición de los jueces, a través de su portal institucional, el acceso a la planilla electrónica.

Un detalle fundamental es que ese ingreso es restringido: solo lo tienen los jueces, a quienes se proveerá de una clave personal intransferible.

Cálculo de beneficios

Una de las tareas más pesadas para el juez es calcular el monto de las prestaciones que se discuten, y que habrá de ser uno de los componentes necesarios de su posterior fallo. Ello genera una indeseable dependencia del juez en relación con sus asistentes, ya que requiere del auxilio profesional de un experto en contabilidad.

La NLPT dispuso que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la colaboración del Poder Judicial, debía preparar un sistema informatizado para dichos cálculos, el cual, como es obvio, estará a disposición de cada juez, quien, con ese apoyo material, podrá realizar los cálculos, o en todo caso verificar con certeza los que se le presenten.

El Ministerio ha cumplido, en tiempo exacto, con esta obligación legal: el mismo día en que entró en vigencia la ley, el 15 de julio de 2010, y se puso en vigor

en Tacna (y luego en Cañete, Arequipa, Trujillo y Chiclayo), en su portal informático fue colocado el sistema para el cálculo de los principales beneficios.

Es destacable, además, que el Poder Judicial ha intensificado la capacitación de los jueces para el manejo de este valioso instrumento, que puede facilitar no solo el cálculo en sí, sino la apreciación o comprobación de los que practican los peritos que actúan como auxiliares de los jueces laborales en la actualidad.

Jurisprudencia clasificada

La NLPT dispone que el Ministerio de Trabajo, con la colaboración del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional implementará un portal informático con sentencias y precedentes vinculantes.

Esta obligación ya fue cumplida en parte, pues desde el 15 de julio de 2010 aparece en el portal institucional del mencionado Ministerio, aun cuando no tiene todavía un buen sistema clasificador. Es de confiar en que más adelante esta herramienta sea completada y perfeccionada, además por cierto de ser mantenida al día.

Ya el Tribunal Constitucional viene publicando, desde mucho tiempo atrás, todas sus resoluciones. Es más, dicho órgano ya prescindió de las notificaciones, y toda la información relativa a los procesos en curso –como el señalamiento de fecha para la vista de las causas– debe ser obtenido por los interesados a través de su portal.

Expediente electrónico

No está enunciado en la NLPT pero es una consecuencia necesaria de la misma que, no en tiempo inmediato, pero en plazos razonables, se sustituya de modo integral el expediente de papeles por el expediente electrónico, al cual puedan acceder en forma directa los interesados, sin necesidad de personarse físicamente al local del juzgado.

Los ahorros se darán en tiempo, en papel y en dinero. Pero, sobre todo, en eficiencia.

No tenemos duda de que con el solo uso intensivo de la tecnología hoy disponible –y sin pensar todavía en la que sobrevenga, que no dudamos será todavía más sorprendente– trae ventajas en términos de celeridad y eficiencia, lo que nos hace avizorar un proceso comparativamente pletórico de beneficios para los litigantes, para los jueces y, por ende, de la administración de justicia.

III. RESPONSABILIDAD Y RETOS PARA EL JUEZ LABORAL

El Juez habrá de ser el gran protagonista del proceso, con la NLPT. Esta así lo proclama con vigor inusitado en el artículo III de su Título Preliminar.

Protagonista es el personaje principal, la persona que desempeña la parte principal en cualquier suceso, si nos atenemos a la definición que trae el Diccionario de la Real Academia.

La NLPT, en ese mismo artículo, señala que los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, que es la plasmación del principio protector; y que privilegian el fondo sobre la forma e interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso. Ello debe llevar a la erradicación de esa malsana costumbre de declarar nulidades, muchas veces por razones nimias o superables, y además imponen al Juez el deber de impulsar el proceso en todas sus etapas.

Desde siempre se propugnó como uno de los principios del Derecho Procesal del Trabajo el de la búsqueda de la verdad real, lo que imponía como condición la ampliación de las facultades del Juez dentro de un sistema cuasi inquisitivo.

Todo ello significa que el juez laboral no se podrá limitar a los aspectos secundarios o periféricos del proceso, y quedar a merced de los impulsos e iniciativas de las partes, sino que deberá ser el que lo conduzca rectamente hacia el resultado.

Dentro del esquema dispositivo, los protagonistas son los abogados, que cruzan e intercambian escritos y recursos. El Juez permanece oculto, en la soledad de su despacho, como una especie de *convidado de piedra*, figura retórica a la que se ha acudido con frecuencia para hacer evidente su pasividad.

La NLPT coloca al juez laboral en el vórtice de las actuaciones. De su capacidad, de su comportamiento, de su habilidad y conocimientos, y sobre todo de su conocimiento profundo del caso mismo sometido a su escrutinio dependerá, a la larga, el éxito del nuevo sistema procesal laboral.

El control formal y sustancial del proceso

Para ello, la NLPT ha dotado al Juez de poderes muy especiales, tanto para el debido control de los actos formales del proceso, en especial de la audiencia, cuanto, sobre todo, de los aspectos sustanciales del mismo.

Así, debe cuidar que se observen y respeten las reglas básicas de la convivencia civilizada, impidiendo los agravios de palabra u obra, las interrupciones, el uso de teléfonos celulares, el abandono injustificado de la sala de audiencia, así como cualquier expresión de aprobación o censura.

Debe advertirse al respecto que, como se ha señalado, uno de los requisitos del proceso oral es la publicidad: los actos se llevan a cabo en presencia del público, que no solo simboliza el control social, sino que ejerce en forma directa el control ético, pues al ser partícipe presencial del proceso, puede apreciar y juzgar el comportamiento del juez y de las partes, y extraer de ello sus propias conclusiones.

Ahora bien, con tino y precaución la NLPT hace alusión a las expresiones de aprobación o censura, anticipándose a una maniobra que podría intentarse por litigantes que, con ánimo de presionar al Juez, puedan asistir masivamente y expresarse

a través de murmullos o aun gritos, u otras manifestaciones de disconformidad con lo que está aconteciendo en el proceso. El Juez, en uso de sus atribuciones, deberá en esos casos ordenar el desalojo de la sala, y continuar la diligencia en privado.

En consonancia con esta facultad, el Juez puede aplicar multas y otras medidas (denuncia ante la Corte Superior, el Ministerio Público o el Colegio de Abogados) a quienes incurran en infracciones de tipo formal.

Pero, en lo que constituye un avance en profundidad, puede sancionar a quien alega hechos falsos, ofrece medios probatorios inexistentes, obstruye la actuación de las pruebas, genera dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia o desobedezcan las órdenes que haya impartido.

Mientras que la multa mayor por infracción formal es de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP), en las de carácter material pueden llegar a cincuenta (50) URP.

Hay más, como ya hemos adelantado: el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta observada por estas en el proceso, lo cual es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada.

Extraer conclusiones implica formar criterio, llegar a conclusiones de fondo, deducirlas del comportamiento negativo de alguna de las partes. Si la parte obstaculiza la actividad probatoria, no cumple con las exhibiciones ordenadas, niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, impide o niega el acceso al juez, a los peritos o a los comisiones judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez puede concluir, en su fuero interno, que esa parte no tiene la razón. Pero, lo que es importante, puede basar en ello su fallo; si no totalmente, al menos como un complemento de su razonamiento jurídico y del examen de la actividad probatoria.

Actividad probatoria

Las pruebas son naturalmente ofrecidas por las partes –con la demanda y con la contestación, respectivamente– y actuadas en la audiencia respectiva.

El Juez, sin embargo, tiene capacidad para ordenar excepcionalmente la práctica de alguna prueba adicional, y su decisión al respecto es inimpugnable.

El juez civil también tiene esta facultad, reglada por el artículo 194 del Código Procesal Civil, pero es sabido que no la ejerce. Los jueces laborales, que también la han tenido con la Ley N° 26636, siempre han sido más vivaces al respecto.

La novedad absoluta, sin embargo, es que ahora se extiende a los jueces (vocales) superiores, como se desprende de modo oblicuo de la prohibición de hacerlo cuando el proceso se encuentra en casación (artículo 22).

En casación no es concebible el requerimiento de prueba, por cuanto el examen versa solo sobre el derecho, no sobre los hechos. Al señalar la NLPT que no puede ser invocada esta facultad en esa instancia, de manera implícita está determinando que sí pueda serlo en la segunda instancia, de modo que el revisor podría basar un fallo revocatorio en prueba que no fue conocida por el juez inicial.

Esto está en línea con la moderna doctrina de lo que se ha dado en llamar la justicia horizontal.

En cuanto al juez de la primera instancia, consideramos que la potestad de disponer prueba de oficio puede ser ejercitada en cualquier momento, incluso y muy en especial antes de que se haya llevado a cabo la audiencia de juzgamiento.

En efecto, si el juez, examinando demanda y contestación, con sus respectivas pruebas, y en la etapa de elaboración del Plan del Caso, entiende que tendrá que haber pruebas necesarias que no han sido contempladas por las partes, puede disponer su actuación inmediata, en el intervalo que media entre ambas audiencias.

Por ejemplo, puede disponer precozmente la presentación por el Ministerio de Trabajo de las planillas electrónicas, adelantar alguna pericia, en especial la pericia contable, o disponer la realización de una inspección judicial. Todo ello con el ánimo de aprovechar ese periodo muerto, y no dilatar innecesariamente el trámite, como sucedería si ordenara la prueba durante la audiencia, caso en el cual tendría que haber la forzosa dilación para que la misma se actúe.

Pero la actividad del juez no se restringe a disponer prueba de oficio, sino que es quien lleva adelante, en la audiencia, la actuación de las pruebas de partes.

Todavía no se ha advertido lo suficiente la capacidad que la ley otorga al juez para interrogar, en cualquier momento, a las partes, sus abogados y terceros participantes (testigos, peritos).

“En cualquier momento”, dice la NLPT (artículo 12.1). Puede suceder, por ejemplo, que esté deponiendo un testigo y en ese momento el juez derive su interrogatorio hacia la parte que ya prestó declaración, para compulsar ambas declaraciones, la del testigo y la de la parte, sin seguir el orden rígido que ha sido característico de todos nuestros procesos, sean civiles o laborales. Es decir, no solo se le concede la potestad de interrogar en cualquier momento, sino que se le otorga flexibilidad para decidir, en el instante oportuno, lo más favorable para la búsqueda de la verdad, que es su auténtico objetivo.

Para ello, la NLPT ha previsto que en la audiencia se tome juramento conjunto a todos los que habrán de participar en la misma, con lo cual todos quedan expeditos para intervenir, a requerimiento del juez, cuando este lo estime necesario y pertinente.

Y la NLPT incluye a los abogados. Si se lee con atención el artículo 12.1, se podrá comprobar que los menciona, de donde puede colegirse que los abogados deberán también prestar juramento, ya que no tendría caso poderlos interrogar si ellos no estuvieran sujetos al compromiso ético de la veracidad.

Por todo ello, la NLPT dispone que no se requiera de pliego interrogatorio, ni para la declaración de parte ni para la de testigos, porque las preguntas deben ser formuladas por el juez, las partes y sus abogados, en forma libre, directa, espontánea.

En eso tendrá el juez una especial responsabilidad, no solo porque deberá preparar de antemano el Plan del Caso, al cual se sujetará su actuación y la de las partes y sus abogados, sino porque su accionar se llevará a cabo frente al público y quedará además registrado en imagen y palabra, de modo que quien no vaya preparado o improvise quedará expuesto a la crítica y a la evaluación de desempeño que podrán hacer los jueces de las instancias superiores.

Conciliación

La NLPT otorga al juez, más que facultad, el deber de impulsar vivamente la conciliación.

Como es sabido –lo destacó en su momento Pérez Botija–, el proceso laboral siempre ha “hipervalorado” la conciliación. Esta es una institución ambivalente: por una parte, propicia una solución precoz y equitativa al conflicto, con respeto a los derechos irrenunciable; por otra, empero, encubre muchas veces verdaderas renunciaciones, basadas en el estado de necesidad del trabajador.

Por eso Plá Rodríguez la calificó en alguna oportunidad de “mal necesario”.

La NLPT, en línea con la doctrina tradicional, le concede amplio espacio. Para ello, para darle realce y viabilidad a la misma, le dedica virtualmente una audiencia entera.

Con la Ley N° 26636, aunque se menciona también la conciliación como un acto necesario, en la práctica se convirtió en una mera formalidad, desprovista de todo contenido. El juez se limita a dejar constancia en acta de que invitó a las partes a conciliar, y que estas no llegaron a ningún acuerdo, pero sin hacer ningún intento serio por propiciarlo.

La NLPT le impone, en cambio, intervenir, plantear fórmulas, ofrecer propuestas, incorporarse activamente para tratar de conseguir el acuerdo de las partes, sin que ello implique toma de posición o adelanto de opinión, para salvaguardar lo cual dicha audiencia no es filmada, dejándose solo constancia en acta.

Un juez que actúe con diligencia y buen sentido, que promueva y participe en la conciliación, estará actuando en su propio beneficio, ya que si la consigue habrá reducido y simplificado su propia tarea, tendrá menor carga de trabajo y verá recompensado su esfuerzo con una estadística positiva de casos resueltos.

Ejecución anticipada

Como complemento de la conciliación exitosa, el juez debe dictar un auto – que es irrecurrible – para que los acuerdos adoptados, sea en forma total o aún parcial, puedan ser ejecutados. Esta es una novedad muy práctica, pero que se extiende – y aquí sí es una gran innovación – a todos aquellos puntos o extremos de la demanda que no son objeto de contradicción específica.

En los términos tradicionales, lo no discutido, sea porque no se rechazó con la contestación o porque quedó acreditado de modo fehaciente en la audiencia, no podía escindirse sino que quedaba sujeto o subordinado al resto del litigio. Ahora, en cambio, el juez puede – debe – ordenar su pronto pago, mediante el auto antes referido.

De ese modo solo subsiste en debate lo discutido, pero lo que ya no es objeto de litigio se separa y ejecuta, con gran ventaja para el trabajador.

Sentencia inmediata

Para culminar su actuación estelar en el proceso, el juez tendrá que emitir su fallo al término mismo de la audiencia, lo que habrá de imponerle la necesidad, que es la piedra de toque del nuevo proceso, de prepararse en el conocimiento profundo y sistemático de la materia involucrada en el litigio, de sus complejidades y vacíos, de los aspectos esenciales en fondo y forma, única manera de que el nuevo sistema procesal nos lleve, como es su propósito, a una justicia laboral no solo expeditiva, sino fundamentalmente eficaz.

En suma, la NLPT otorga al juez un poderoso conjunto de atributos, que justifican y concretan lo que la propia norma predica: su rol protagónico. El juez será el elemento central, alrededor de cuyo comportamiento y experticia girará la audiencia y, con ella, el proceso todo.

IV. VISIÓN SINÓPTICA DE LA NLPT: LOS PRINCIPALES CAMBIOS Y LOS ASPECTOS NOVEDOSOS

Solo para dar una idea general de la estructura y principales innovaciones de la norma, examinamos a continuación algunos aspectos de especial interés.

Principios y fundamentos

La NLPT contiene un Título Preliminar en cuyo artículo I se destacan los pilares del nuevo sistema: intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad; y luego se enuncian sus fundamentos, verdaderos principios, en verdad.

Más que comentarlos, es suficiente transcribirlos, porque se explican por sí solos.

Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El proceso laboral es gratuito para el prestados de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal)

Son de destacar también las reglas de interpretación y aplicación de las normas en la resolución de las controversias, para lo que igualmente basta transcribir el artículo IV

Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral.

Los jueces Laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley.

Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes y vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Ámbito de la justicia laboral

La NLPT no restringe el campo de acción de la justicia laboral al regulado por la legislación laboral o, más precisamente y en términos rigurosos, al del trabajo subordinado, sino que lo amplía a todos los conflictos jurídicos originados con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter persona, de naturaleza laboral formativa, cooperativista e incluso administrativa, esto es de relaciones entre el Estado y sus servidores, aunque en este último caso con ciertos condicionamientos. (Art. II Título Preliminar).

Incluso, anticipándose al uso de las excepciones de incompetencia, señala que también puede conocer de acciones derivadas de contratos de derecho civil (de locación de servicios), cuando la demanda se sustenta en el encubrimiento de

relaciones de trabajo, con lo que se adelanta a la más corriente de las articulaciones: la excepción de incompetencia.

La presunción de laboralidad

El artículo II, al definir el ámbito de la justicia laboral, introduce un concepto novedoso, trascendental. Según la ley anterior, la carga de la prueba recaía en el empleador, pero el trabajador debía demostrar la existencia de la relación laboral, probar, el su condición de tal: que prestaba servicios personales, que estos eran remunerados y, sobre todo y lo más difícil, que eran subordinados.

Logrado ello, se transfería al empleador la responsabilidad de demostrar que los hechos alegados eran inexactos o que la obligación demandada no existía o ya había sido cancelada, lo que en la práctica equivalía a demostrarlo todo.

Ahora, con la NLPT, el trabajador solo requiere acreditar “la prestación personal de servicios”, logrado lo cual se presume que la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Es el empleador, entonces, quien tendrá que demostrar que tales servicios eran autónomos o independientes.

Esta presunción de laboralidad en toda prestación personal de servicios constituye un avance que aligera grandemente la carga probatoria del trabajador y acentúa la del empleador.

Competencia por razón de materia

La competencia material está escalonada en cuatro grados: el juez de paz letrado laboral conoce de las controversias de mínima cuantía; el juez especializado laboral tiene una competencia amplísima, que comprende, en ciertas circunstancias, también controversias de servidores públicos con el Estado; el juez superior conoce de las apelaciones, y actúa normalmente colegiado en tribunales de tres miembros; la NLPT, sin embargo, crea tribunales unipersonales para revisar las causas de menor cuantía (hasta 70 URP); y, finalmente, la Corte Suprema conoce en casación.

Legitimación activa: los casos especiales

Los sindicatos pueden comparecer en causa propia, en defensa de los derechos colectivos, pero también, sin necesidad de poder especial, en defensa de sus dirigentes y afiliados en controversias de carácter individual.

Cuando se afecta el derecho a la no discriminación, el acceso al empleo o se quebranta la prohibición al trabajo forzoso o infantil, la acción puede ser emprendida por los propios afectados, pero también por una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales, caso en el que deben acreditar su solvencia ante el juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Cuando se afecta la libertad sindical o el derecho de negociación colectiva, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponde a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden accionar el sindicato, los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Lo destacable en todos estos casos, pero muy especial en los dos últimos, es que se rompe la vieja regla *Nemo iudex sine actore*, que en el Código Civil peruano se expresa así: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”. (Artículo VI del Título Preliminar).

Pues bien, este es el primer caso de disposición expresa que extiende el interés moral a determinadas personas en caso de derechos fundamentales.

Tipos de procesos

La NLPT contiene cinco procesos distintos: (i) ordinario; (ii) abreviado; (iii) impugnativo de laudos arbitrales económicos; (iv) cautelar; y (v) de ejecución.

De primera intención, parecería un exceso, pero si bien se ve solo los dos primeros son propiamente complejos. Estos, a grandes rasgos, se definen en atención a la cuantía, pues corresponden al abreviado los que no superan cincuenta Unidades de Referencia Procesal⁽¹⁰⁾, y se tramitan ante el juez de paz letrado laboral, con revisión por el juez especializado laboral.

Sin embargo, también se sujetan al proceso abreviado, pero ante el juez especializado (con apelación ante la Corte Superior), los casos de reposición (por despido nulo) y aquellos que se refieren a la vulneración de la libertad sindical.

Se ha querido así conferir a estos casos de carácter urgente un tratamiento más expeditivo.

El proceso ordinario se desarrolla en dos audiencias: la de conciliación y la de juzgamiento. En esta última se desahoga toda la prueba y, al término de la misma, luego de los alegatos, el juez debe emitir sentencia.

El proceso abreviado es en una sola audiencia, dentro de que la están inmersos la conciliación, la actuación de la prueba, los alegatos y la sentencia.

Reglas de conducta

El juez puede sancionar no solo las conductas impropias de carácter externo, como interrumpir a quien hace uso de la palabra, abandonar injustificadamente

(10) Que en términos prácticos equivalen más o menos a seis mil quinientos dólares americanos (US\$ 6,500.00)

la sala de audiencia, hacer uso del teléfono celular sin autorización, etc., situaciones que no influyen en el resultado del proceso.

Pero el juez puede extraer conclusiones derivadas de la conducta de las partes, atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada al no cumplirse con las exhibiciones ordenadas, negar la existencia de documentación propia de la actividad económica, impedir o negar el acceso al juez, los peritos o comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, negarse a declarar o responder evasivamente (artículo 29).

Por eso, previsoramente, dispone que quien presta declaración en calidad de representante de una persona jurídica –y con mayor razón, si actúa a nombre propio– tiene el deber de acudir informado sobre los hechos que motivan el proceso (Art. 25). De ese modo se impedirán respuestas evasivas, del tipo de “no me consta”, o “me remito a los documentos”.

Notificaciones

Las notificaciones de todo lo que acontece en el proceso se deben realizar por vía electrónica, dejando de lado y superando el sistema de envíos personales por mensajero. Solo se notifica al modo tradicional la demanda y su auto admisorio (y algunas incidencias menores como la admisión de un tercero con interés, las medidas cautelares, etc.).

Para ello, es requisito de admisibilidad de la demanda y contestación, respectivamente, la consignación de una dirección electrónica.

La sola eliminación de los tiempos muertos que generan las notificaciones del estilo antiguo garantiza un avance en materia de celeridad.

Oportunidad de la prueba

La prueba debe ser ofrecida con la demanda y con la contestación, respectivamente, lo que plasma el principio conocido como eventualidad o lealtad procesal. Solo se admite prueba extemporánea cuando esté referida a hechos nuevos o que hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.

Fuera de estos casos, la presentación inoportuna de prueba adicional no acarrea ninguna consecuencia, puesto que no puede servir de fundamento para la sentencia.

Carga de la prueba

Sin desmedro de que la carga de la prueba corresponda a quien afirma los que configuran su pretensión, la NLPT señala que, de modo paralelo, incumbe al demandado que sea señalado como empleador probar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales; su

extensión o inexigibilidad; la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado; y el estado del vínculo laboral y la causa del despido.

Si bien se observa, el empleador debe probarlo todo (...) o casi todo.

Prueba de oficio

La NLPT autoriza al juez a disponer prueba de oficio, cuando lo estime necesario. Esta facultad ya existía en la ley anterior, y muchos jueces la utilizaban, e incluso en el proceso civil, donde los jueces son reacios a su empleo.

Lo novedoso es que también pueden ordenar prueba los jueces de alzada, dentro la moderna teoría del llamado proceso horizontal.

Conciliación y sentencia previa

La NLPT pone mucho énfasis en la conciliación, al punto de haber dispuesto una audiencia consagrada a procurarla. El juez, por mandato expreso, debe participar activamente a fin de que las partes solucionen sus diferencias total o parcialmente (art. 43.2), debiendo incluso plantear fórmulas de avenimiento, lo que lo convierte en un virtual mediador. A este respecto, la NLPT cuida de precisar que ello no se considera un prejuzgamiento, para garantizar lo cual la audiencia no es registrada por medios magnéticos, a fin de dar libertad, tanto a las partes cuanto al propio juez, al intercambio de posiciones en búsqueda del acuerdo.

Lo importante es que si se produce acuerdo el juez lo aprueba –salvaguardando, se entiende, los derechos irrenunciables– y emite de inmediato una resolución con carácter de cosa juzgada para disponer el cumplimiento de las prestaciones acordadas. Igual proceder está previsto cuando hay algún extremo no controvertido.

Limitación al arbitraje

Después de admitir el acceso al arbitraje en materia laboral, la 6ª disposición complementaria de la NLPT añade dos requisitos para su validez: que el convenio se inserte a la conclusión del vínculo laboral, lo que excluye la posibilidad de estipularse dentro del contrato de trabajo, y que la remuneración mensual percibida por el trabajador sea o haya sido superior a 70 Unidades de Referencia Procesal⁽¹¹⁾.

Medidas cautelares

La NLPT permite el acceso a cualesquiera medidas cautelares que pudieran ser eficientes al propósito buscado, que es asegurar de antemano la ejecución de un eventual fallo condenatorio; en tal sentido, enuncia algunas y abre la posibilidad a todas las demás que existan o puedan existir a futuro.

(11) 70 URP equivalen aproximadamente a Nueve mil dólares americanos (US\$ 9.000).

En especial destaca la reposición provisional, cuando lo que se discute es un despido nulo, y el pago de una asignación provisional durante el transcurso del juicio, respaldada con los fondos depositados de la compensación por tiempo de servicios.

Casación y ejecución del fallo

Sin extendernos en demasía en el recurso de casación, muy resistido por muchos por lo que puede implicar de retardo, lo novedoso es que su interposición no suspenderá la ejecución de la sentencia. Si se trata de obligación de dar sumas de dinero, la parte obligada puede solicitar la suspensión de la ejecución, pero a ese efecto deberá depositar el importe reconocido o presentar una carta fianza renovable.

Con ello, si el recurso es desestimado, la ejecución es inmediata, sin dilación ni necesidad de mayor trámite.

Estos son solo algunos rasgos importantes de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, que trae muchas otras innovaciones cuyo señalamiento y análisis exhaustivo desbordaría los límites materiales expuestos a la presente ponencia.

NUEVO PROCESO LABORAL

Acceso a la tutela jurisdiccional

*Néstor Morales González**

“La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

I. INTRODUCCIÓN

Cómo entender la importancia de los cambios en materia procesal sin tener presente la finalidad principal del proceso y cómo se cumple esta de manera que se brinde tutela jurisdiccional efectiva.

La nueva Ley Procesal del Trabajo⁽¹⁾ se presenta como el medio por el cual el Estado brinda un proceso que sentado en la bases de la oralidad, permite la realización de otros principios de igual importancia, como los de inmediatez, concentración, celeridad, economía procesal; apoyándose para lograr los efectos deseados en la utilización de medios tecnológicos que permitan grabar las audiencias o realizarse las notificaciones, entre otros aspectos; todo lo cual redundará no solo en la pronta resolución de los conflictos de trabajo, sino también en la concepción que tiene la

(1) La nueva Ley Procesal del Trabajo se irá aplicando progresivamente en los distintos distritos judiciales, en la oportunidad que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en tanto continuará rigiendo la Ley N° 26636 y sus modificatorias, como dispone la Novena Disposición Complementaria de la Ley N° 29497. Así de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ, de fecha 1 de julio de 2010, expedida por el Consejo Ejecutivo el cronograma de implementación es el siguiente: Distrito Judicial de Tacna, a partir del 15 de julio de 2010; Distrito Judicial de Cañete, a partir del 16 de agosto de 2010; Distrito Judicial de La Libertad, a partir del 01 de setiembre de 2010; Distrito Judicial de Arequipa, a partir del 1 de octubre de 2010; Distrito Judicial de Lambayeque, a partir del 2 de noviembre de 2010.

ciudadanía del Poder Judicial. Nos aleja de la imagen actual de una justicia que aparece al final de excesivos trámites que muchas veces resultan de la forma equivocada como es dirigido; gracias al rol protagónico que la nueva norma asigna al Juez y tiempo de duración en el trámite del proceso hasta la expedición de la decisión final.

La “oralidad” si bien está contemplada en el proceso regido por la Ley N° 26636, esta permite la escrituradidad más allá de la demanda y su contestación; y como refiere el Dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, que la Ley N° 26636 (Ley Procesal del Trabajo) “se ha convertido en una norma que no brinda un marco adecuado para la solución rápida y eficaz de los conflictos laborales”, así como que “La lentitud de los procesos laborales generados por la formalidad excesiva de las audiencias y el incumplimiento de los fines del Recurso de Casación en el proceso laboral han determinado la necesidad de la reforma del proceso laboral”, afirmando que: “Con las modificaciones propuestas, se espera que los procesos laborales duren en promedio seis (6) meses; que mas ciudadanos tengan acceso a la justicia laboral, tanto respecto de sectores excluidos de la justicia (sector informal, micro y pequeñas empresas, trabajadores domésticos), como respecto de sectores vulnerables (madres gestantes, menores de edad, personas con discapacidad, actividad sindical); y, que haya predictibilidad en las decisiones judiciales”⁽²⁾.

Sin embargo no voy a referirme a un diagnóstico de lo que hoy concurre a la dilación de los procesos en la justicia laboral y que compromete actitudes, aptitudes y audacias, de las partes, abogados y jueces. Es mi deseo contribuir a apreciar cómo la nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante para los efectos del presente trabajo, NLPT), facilita el acceso de más ciudadanos al ámbito de la justicia laboral.

En esta época de globalización, en el aspecto laboral la tendencia a disminuir la tutela al trabajador es una de sus consecuencias: fortaleciendo la temporalidad de las relaciones de trabajo, el uso indiscriminado de la locación de servicios para evadir (por el empleador) el pago de derechos propios del contrato de trabajo, la creación de empresas que alquilan la mano de obra (intermediación, tercerización), desconocimiento de la relación laboral a pesar de que la prestación de servicios se desarrolla de manera no autónoma, personal, bajo subordinación y a cambio de una contraprestación periódica (Contrato Administrativo de Servicios)⁽³⁾

(2) Dictamen de la Comisión de Trabajo Periodo Legislativo 2009-2010, de fecha 2 de diciembre de 2009, recaído en los Proyectos de Ley N° 117/2006-CR, 982/2006-CR, 1575/2007-CR, 3467/2009-PE, 3483/2009-CR y 3489/-CR, que proponen una nueva Ley Procesal del Trabajo.

(3) Mediante Decreto Legislativo N° 1957 se creó el régimen especial de contratación administrativa de servicios, como modalidad especial del derecho administrativo y privativa del Estado, no está sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada, ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales (artículos 1 y 3); vinculando a una entidad pública con una persona natural que presta sus servicios de manera no autónoma (Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, artículo 1). Sustrayendo dicha norma legal al prestador de servicios bajo subordinación, de la protección que otorga la Constitución Política al trabajador dentro de la relación laboral.

Entonces, frente a los actos que distorsionan el fundamento de la protección que merece el trabajo, resulta necesario adoptar las medidas correctivas para lograr que el derecho de toda persona a su desarrollo personal y familiar no se vea afectado, tanto si el trabajo como actividad del hombre, merece un reconocimiento particular, puesto que sin su constante evolución la sociedad no hubiera alcanzado los niveles de progreso que ahora tiene y constantemente va adquiriendo. Ello en atención a que el ser humano, a diferencia de los demás seres, no se encuentra al margen de la interrelación con sus congéneres, por el contrario, su propia naturaleza hace que busque una vida comunitaria con los demás miembros de su especie. De esta forma, el hombre aporta con su esfuerzo a construir una sociedad en la que cada uno de sus componentes encuentra la posibilidad de satisfacer no solo sus necesidades elementales, sino de alcanzar mejores niveles de vida tanto personal como familiar, requiriéndose para alcanzar dicho desarrollo que en sociedad se distribuya la producción de los bienes de manera que, unos se organizan con los medios que posee para ser titulares de centros de producción y otros brindan los servicios que los primeros requieren, a cambio de una contraprestación; siendo deber de ambos sujetos el respeto de los derechos de cada una de las partes de dicha relación, por cuanto solo si prevalece dentro del vínculo jurídico nacido la supremacía del derecho a la dignidad, se logra alcanzar la paz social.

Paz que en expresión de Paulo VI, se encuentra “(...) intrínsecamente vinculada al reconocimiento ideal y a la instauración efectiva de los Derechos del Hombre. A estos derechos fundamentales corresponde un deber fundamental: el de la Paz, precisamente. (...) la Paz es un bien supremo de la vida del hombre sobre la tierra, un interés de primer orden, una aspiración común, un ideal digno de la humanidad dueña de sí y del mundo, una necesidad para mantener las conquistas logradas y para alcanzar otras, una ley fundamental para la difusión del pensamiento, de la cultura, de la economía y del arte, una exigencia que ya no se puede suprimir en la visión de los destinos humanos. Porque la Paz es la seguridad, la Paz es el orden. Un orden justo y dinámico, decimos, que se debe construir continuamente. Sin la Paz, ninguna confianza; sin confianza, ningún progreso. Una confianza, decimos, fundada en la justicia y en la lealtad”.⁽⁴⁾

Jurídicamente, importa a gran escala que el proceso alcance la paz social en justicia, pues como señala nuestra propia norma adjetiva esta constituye su finalidad principal,⁽⁵⁾ así toda persona, por el solo hecho de serlo, como señala Monroy Gálvez⁽⁶⁾, está facultada para exigirle al Estado tutela jurídica plena, que “provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables

(4) Paulo VI mensaje para la celebración de “El día de la paz”, 1 de Enero de 1969

(5) Código Procesal Civil, Título Preliminar, Artículo III: “El Juez debe atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”.

(6) Monroy Galvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Editorial Temis S.A., 1996, Santa Fe de Bogotá, pp. 245 y 246.

para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias (...)”, agregando de igual forma el citado procesalista que “(...) es imprescindible la existencia de un órgano estatal –autónomo, capaz y objetivo– encargado con exclusividad de la resolución de conflictos. Asimismo, es deber del Estado contar con pautas reguladoras de la actividad a realizarse al interior de un eventual proceso, es decir, debe proveer con anticipación la vigencia de las normas procesales que aseguren un tratamiento social sencillo, didáctico y expeditivo del eventual conflicto que se pueda producir. Igualmente, el Estado debe proveer a la comunidad de una infraestructura adecuada a fin de que el servicio de justicia sea brindado en condiciones satisfactorias, cuando sea requerido”. Servicio de administración de justicia que corresponde a un órgano especial en ejercicio de la función jurisdiccional.

La función jurisdiccional es ejercida de manera exclusiva por uno de los órganos del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes, correspondiendo la exclusividad de dicha potestad al Poder Judicial (con excepción de la militar y arbitral), siendo sus órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia y las demás Cortes y Juzgados que determine su Ley Orgánica, así lo precisan los artículos 138, 139.1 y 143 de la Constitución Política del Perú.⁽⁷⁾ Distribuyendo la Ley Orgánica del Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional a través de órganos especializados, fijando aquellos que deben conocer las pretensiones en materia laboral⁽⁸⁾.

De acuerdo a nuestra legislación, los órganos jurisdiccionales conocen de los litigios según la materia asignada, conforme a procedimientos diferentes para cada una de ellos. El proceso en el cual se va a meritarse el cumplimiento de las obligaciones laborales presenta determinadas características atendiendo a las particularidades propias del Derecho Laboral –que consisten básicamente en dar preeminencia a la protección que merece el trabajador al encontrarse en desventaja jurídica en relación con el empleador–, por ello el derecho procesal del trabajo es propio de la justicia social para la cual, como refiere Héctor Fix Zamudio, surgió: “(...) el derecho procesal del trabajo, como aquella rama independizada del proceso civil tradicional, en la cual se estableció el principio fundamental que el ilustre tratadista uruguayo Eduardo J. Couture denominó certeramente igualdad por compensación,

(7) Constitución Política del Perú: “Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. “Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. “Artículo 143. El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia a nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración. Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás Cortes y Juzgados que determine su Ley Orgánica”.

(8) En tal sentido, le corresponde a la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, a las Salas Laborales, Juzgados de Trabajo y Juzgados de Paz Letrado, la competencia en asuntos laborales y previsionales, como prevén los artículos 35 y 42, 51, 57, respectivamente, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con las modificaciones dispuesta por la nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497.

y que significa otorgar a la parte débil del proceso, en ese supuesto, al trabajador, determinadas ventajas procesales que pudiesen equilibrar su situación real respecto de la parte más poderosa, es decir, el empresario, lo que implicó el establecimiento de otros principios formativos derivados del primero, entre los cuales podemos enumerar brevemente: la supresión de los formalismos expresivos; la concentración del procedimiento; la intermediación del juzgador con las partes, lo que implica la implantación, así sea limitada, de la oralidad; la inversión en algunos supuestos, de los principios tradicionales de la carga de la prueba; y el otorgamiento al juzgador de facultades de dirección del proceso, entre las cuales destacan las relativas a la facultad de aportar oficiosamente elementos de convicción no ofrecidos por las partes, pero necesarios para la resolución justa de la controversia; la corrección de errores de la parte débil del proceso; la supresión de la prueba legal o tasada y su sustitución por el sistema de valoración de la sana crítica o razonada de las mismas pruebas, (...)”⁽⁹⁾

La NLPT comprende ahora dentro del ámbito del proceso laboral, conflictos relativos a la prestación de servicios de naturaleza formativa, administrativa, así como aquellos referidos a aspectos previos que alcanzarían a los casos de discriminación en el empleo. Incorpora de manera expresa la competencia del Juez de Trabajo para los casos de tercerías, y dentro la legitimación especial, a las organizaciones sindicales en los conflictos individuales, de una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del Juez, así como del Ministerio Público, Defensoría del Pueblo; legitimidad que permite ejercer el derecho de acción y tener acceso al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual explica el propósito de haber escogido como tema de esta ponencia el acceso a la justicia desde la perspectiva de la NLPT.

II. GARANTÍAS PROCESALES EN EL ÁMBITO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En el Estado Social de Derecho el proceso se constituye en el medio por el cual se viabiliza el acceso a la justicia, cumpliendo el Estado función pública a través de sus órganos jurisdiccionales con la finalidad de hacer efectivo el derecho y lograr la paz social. Para el mantenimiento de esta, el proceso asegura la erradicación de la fuerza como forma de solución de los conflictos intersubjetivos de intereses.⁽¹⁰⁾

(9) FIX ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F. 1993, pp. 281 y 282, <www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=911>.

(10) ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pp. 20 y 21 : “(...) el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque: a) es *ilegitima* cuando la realiza un particular; b) es *legitimada* cuando el Derecho acuerda excepcionalmente al individuo la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión; c) es *legítima*, por

Uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la vigencia de los derechos humanos, asimismo, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia,⁽¹¹⁾ lo cual significa “que la justicia debe ser el principio rector de la vida social y de los actos de gobierno”⁽¹²⁾.

Así, cuando el empleador se resiste a reconocer los derechos que nacen de la relación de trabajo, al encontrarse establecidos en el orden jurídico, acto convencional o contrato de trabajo, se forma el conflicto jurídico, el cual no puede ser ajeno a los intereses del Estado.

La defensa de los derechos sociales, específicamente laborales y de la seguridad social, constituye el medio idóneo para garantizar el cumplimiento por el Estado de sus deberes esenciales,⁽¹³⁾ procura la subsistencia de sus miembros, otorgando las prestaciones de servicios necesarias y distribuyendo la riqueza⁽¹⁴⁾, siendo en específico la labor de administración justicia uno de los servicios que brinda.

El eje central en torno al cual la función de administración de justicia logra alcanzar su realización es el proceso, el cual necesariamente debe estar revestido de determinadas particulares sin las que no lograría su objetivo que es resolver un conflicto jurídico o eliminar una incertidumbre jurídico, en tanto solo dotado de garantías se logrará que el conflicto llegue a su fin y que la comunidad en sí identifique cuál es el verdadero rol del Estado dentro de la sociedad.

1. Debido proceso y tutela jurisdiccional

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, está contemplada en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional,⁽¹⁵⁾ y su inclusión en el Artículo III del Título Preliminar de la NLPT resulta reiterativa en tanto todo Juez debe tener presente que de acuerdo al Artículo 138 de la Constitución Política, la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a la leyes; y en el Artículo IV de dicho Título Preliminar, se establece que los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten

fin, cuando la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente y como consecuencia de un proceso. De tal modo y a fin de completar la idea esencialmente esbozada, ya se puede afirmar que la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza dentro de una sociedad dada”.

(11) Artículo 44 de la Constitución Política

(12) RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*, DESCO, Lima, 1994, pp. 74 y 75

(13) De acuerdo al tenor del artículo 43 de la Constitución Política del Perú nuestra República es democrática, **social**, independiente y soberana

(14) WOLFGANG ABENDROTH y otros. *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 49.

(15) Constitución Política, Artículo 139, inciso 3): “Principios y derechos de la función jurisdiccional. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”

justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley⁽¹⁶⁾.

Así, si corresponde al Estado el deber de prestar tutela jurisdiccional efectiva a cualquier persona que lo solicite, como correlato constituye para la persona un **derecho a la tutela jurisdiccional efectiva** (valga la redundancia) en tal sentido se entiende por tutela judicial efectiva el reconocimiento a favor del ciudadano del derecho a reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley tras un proceso debido.

Sin embargo resulta oportuno la precisión que efectúa la NLPT a efecto de que “los jueces (...) observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad (...)”, en tanto en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de la República ha debido amparar la procedencia de la causal de casación en el proceso laboral de contravención de las normas que garantizan el debido proceso, incorporándola a pesar de no estar prevista en la Ley procesal del Trabajo N° 26636, ante la evidente infracción de dicho principio y derecho de la función jurisdiccional,⁽¹⁷⁾ en casos como por ejemplo, de deficiencia de la relación de las personas que interviene en la suscripción de las resoluciones, decisiones sustentadas en documentos que no constituyen prueba extemporánea y tampoco admitida al amparo del artículo 28 de la LPT, omisión de pronunciarse sobre recurso planteado, fallos privados de las razones jurídicas suficientes para justificarse, adolecer de falta de motivación, fallo extra petita, no haberse valorado todas las pruebas incorporadas en el expediente⁽¹⁸⁾. Asimismo el Tribunal Constitucional en casos como, afectación al debido proceso sustantivo al no observarse escrupulosamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad; vulneración a la tutela procesal efectiva en sus vertientes de los derechos de acceso a la jurisdicción y a la motivación de las resoluciones judiciales, interpretación antojadiza de lo que debe entenderse por cosa juzgada⁽¹⁹⁾;

(16) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, Parte I, Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Capítulo II, Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 8.- Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter”.

(17) Casación N° 399-2002-Chincha: “(...) sin embargo en aplicación excepcional de esta vía por encontrarnos en el caso sub examine frente a una violación constitucional que transgredí un principio y derecho de la función jurisdiccional obligan a esta Sala Suprema a declarar de forma excepcional PROCEDENTE la casación en aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (...)”.

(18) Cortés Carcelén, Juan Carlos, “Casaciones en Materia Laboral”, Boletín de Jurisprudencia, Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia, Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial, Diciembre 03 - Enero 04, Año 2 / N° 2, pp. 13 a 15, <http://histórica.pj.gob.pe/Corte_Suprema/cij/documentos/cuaderno_C_1_210208.pdf>.

(19) Expediente N° 0895-2000-AA, sentencia del 20 de octubre de 2001, f. j. 3; Expediente N° 00500-2009-PA/TC, sentencia del 04 de mayo del 2010, f. j. 9; respectivamente.

Se trata de derechos fundamentales respecto a cuyo contenido y alcances existe discrepancia. Las posiciones que se pueden identificar al respecto, siguiendo a Víctor Ticona Postigo⁽²⁰⁾ (Juez Supremo), de manera resumida, son: a) de relación de identidad o contenido unívoco, en la que identifica a Anibal Quiroga León, Marcial Rubio Correa, Juan Monroy Gálvez, Héctor Fix Zamudio, conforme a la cual el debido proceso sería la plasmación de la tutela jurisdiccional efectiva; b) de derechos distintos y de ejercicio sucesivo, en cuya posición ubica a Saénz Dávalos, Juan Montero Aroca, Ricardo Herrera Vásquez, explicándose en que el derecho a la tutela jurisdiccional se manifiesta principalmente por el derecho de acción, previo al proceso y lo activa, y el derecho al debido proceso tiene lugar como un plexo de derechos de existencia y ejercicio en el desarrollo del proceso; c) de la existencia entre ambos derechos, de una relación dialéctica o de mutua relación, proponiendo Ticona, “que una parte del derecho a la tutela jurisdiccional tiene lugar durante el proceso judicial; y así mismo una parte del debido proceso tiene presencia durante el referido proceso judicial, de tal forma que ambos derechos tiene una mutua relación, (...)”, relación en la que, afirma, “el derecho a la tutela jurisdiccional, dentro del proceso judicial despliega sus efectos entres momentos sucesivos: el derecho de acceso al proceso y jurisdicción, el derecho al debido proceso y el derecho a la efectividad o eficacia de las sentencias y resoluciones homologatorias”.

Refiriendo Giovanni Priori: “es posible identificar diversos grupos de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación que existe entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva: a) El derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Eguiguren Praeli, Monroy Gálvez, Ticona Postigo; b) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se relacionan por un escrito orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Nótese que en esta tesis e debido proceso no es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como se sostiene en la tesis anterior (Espinosa Saldaña, López Flores); c) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son, en sustancia, lo mismo (Quiroga León, Rubio Correa)⁽²¹⁾.

Al respecto el Tribunal Constitucional afirma que: “Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139, el segundo párrafo del artículo 103 u otras disposiciones de

(20) TICONA POSTIGO, Víctor. *Revista Oficial del Poder Judicial*, Lima, 2007, pp. 36 a 38

(21) PRIORI POSADA, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso, En: *Ius et veritas*, Lima, 2003, p. 283.

la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3, de la Constitución)”.⁽²²⁾

En cuanto a la diferencia entre ambos conceptos, debido proceso y tutela judicial efectiva, el debido proceso es el derecho que tiene toda persona o sujeto justiciable de invocar en el interior del órgano jurisdiccional el respeto de un conjunto de principios procesales, para que una causa pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia; y la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia sino además a la eficacia de lo decidido en la sentencia.⁽²³⁾

Sostiene el Tribunal Constitucional, “(...) Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes 2192-2002-HC/TC (FJ 1); 2169-2002-HC/TC (FJ 2), y 3392-2004-HC/TC” (FJ 6).⁽²⁴⁾

Señala el tratadista español Jesús González Pérez,⁽²⁵⁾ el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos y sucesivos: acceso a la justicia (jurisdicción), en ella la posibilidad de defensa y de obtención de una solución (resolución) en un plazo razonable, la plena efectividad del pronunciamiento; en resumen: acceso a la jurisdicción, debido proceso, eficacia de la sentencia.

2. Contenido del derecho de acceso a la justicia.

En tanto, en el ejercicio y defensa de sus derechos toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con garantías de un debido proceso, es deber del Estado,

(22) STC 00023-2005-AI, FJ 41,42; Landa Arroyo, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 269 y 270.

(23) AVALOS JARA, Oxal Víctor. Ob. cit., Casación N° 335-2005-Callao, y Casación N° 1831-2005-Lima, respectivamente, p. 569.

(24) STC 8123-2005-HC, del 14 de noviembre del 2005, f. j. 6, publicada el 15 de noviembre del 2006.

(25) Citado por Ticona Postigo, Víctor L., Código Procesal Civil, Comentarios, Materiales de Estudio y Doctrina, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Arequipa, 1994, p. 1.

facilitar el acceso a la administración de justicia⁽²⁶⁾. Dicho deber conlleva la necesidad de adaptar su prestación a situaciones que requieren de acceso a la justicia mediante reglas especiales de comparecencia, compensando desigualdades sociales, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente,⁽²⁷⁾ estableciendo requisitos que observen los principios pro actione y pro homine, procesos cortos y gratuidad de la administración de justicia y defensa gratuita para las personas de escasos recursos y demás casos previstos legalmente,⁽²⁸⁾ y en aquellos en que la persona deba cubrir un costo, este no debe estar concebido de tal manera que niegue el acceso a la justicia.

De nuestra doctrina jurisprudencial podemos señalar las siguientes que nos ofrecen su concepción sobre el acceso a la justicia:

La Corte Suprema de la República, por ejemplo en la Casación N° 1831-2005-Lima, señala que, el acceso a la justicia forma parte del núcleo irreductible del derecho a la tutela judicial efectiva, garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva de acudir al Juez como tercero imparcial e independiente con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones, como derecho fundamental puede también ser válidamente limitado a condición que no se obstaculice, impida o disuada irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia⁽²⁹⁾.

Su contenido protegido, afirma el Tribunal Constitucional, no se agota en garantizar “el derecho al proceso”, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del estado y gozar de determinadas garantías procesales en su transcurso, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados.

El derecho fundamental de acceso a la justicia puede ser objeto de restricciones en su ejercicio pero sin afectar su contenido esencial. Así, señala el Tribunal Constitucional,⁽³⁰⁾ asumiendo lo afirmado por Jesús González Pérez, que la garantía de acceso a un tribunal de justicia no “comporta obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulen, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales”⁽³¹⁾. Precisando que, “evidentemente no están comprendidos en los límites justificados por el

(26) Ley Orgánica del Poder Judicial, Artículo 7.

(27) STC 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC, 004-2002-AI/TC, Sentencia del 29 de enero de 2004, f. j. 9, “El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; (...)”.

(28) Constitución Política, Artículo 139, inciso 16.

(29) AVALOS JARA, Oxal Víctor, “Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral”, Juristas Editores E.I.R.L., Lima 2010, p. 565.

(30) Exp. N° 010-2001-AI/TC, Defensoría del Pueblo, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2001.

(31) *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 73.

ordenamiento, aquellos requisitos procesales que, so pretexto de limitar el derecho de acceso a la justicia, introduzcan vías y mecanismos que impidan, obstaculicen o disuadan, irrazonablemente y desproporcionadamente, el acceso al órgano judicial” y que “(...) no todos los requisitos procesales que la ley prevea, por el solo hecho de estar previstos en la ley o en una norma con rango de ley, son de suyo restricciones *ad initio* plenamente justificadas”.

En el aspecto relativo al principio *pro actione*, que tiene relevancia en cuanto al acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional ha destacado por ejemplo: que el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en la posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos;⁽³²⁾ el agotamiento de la vía previa constituye un presupuesto procesal de cuya satisfacción depende el acceso a la tutela jurisdiccional, las normas que la regulan deben interpretarse de conformidad con el principio *pro actione*. Es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito. Así mismo que de acuerdo al principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.⁽³³⁾

Luego de estas apreciaciones, corresponde revisar de qué manera la NLPT se presenta como medio adecuado que permita el acceso a la justicia.

III. LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

1. Ámbito de la justicia laboral

La NLPT prevé el acceso a la justicia laboral, en el Artículo II de su Título Preliminar fija el ámbito de la misma en los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, precisándose su naturaleza en: laboral, formativa, cooperativista, o administrativa; excluye las prestaciones de carácter civil, haciendo la salvedad de que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo, indica además, que tales conflictos pueden estar referidos a aspectos previos o posteriores a la prestación efectiva de servicios, y ser individuales, plurales o colectivos.

(32) Expediente N° 05644-2008-AA, Sentencia del 17 de setiembre de 2009, publicada el 20 de octubre de 2009, f. j. 5

(33) Expediente N° 1003-98-AA/TC, Sentencia del 6 de agosto de 2002, publicada el 22 de setiembre de 2002, f. j. 3.c., 3.d.

Sin embargo es de advertir que, el inciso 1 del artículo 2 de la NLPT, dispone que: “En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios” es decir, propiamente establece que en el proceso laboral se ventilen las causas cuyo origen de conflicto recaigan en las prestación de servicios; sin embargo líneas seguidas sostiene a la vez que: “Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes”, entre otras, j) *El Sistema Privado de Pensiones*, pretensión que por su propia naturaleza es evidente que forma parte del Derecho a la Seguridad Social; por lo que cabe comprender porqué dentro del ámbito de la justicia laboral, el legislador incorpora como competencia del juez laboral una pretensión que pertenece al marco del Derecho a la Seguridad Social, ubicándonos propiamente en la justicia social.

Es verdad que por mandato de nuestra Constitución Política, la jurisdicción debe ser entendida como una sola⁽³⁴⁾, sin embargo, no se puede negar que cuando se busca el desarrollo de una actividad procesal específica y/o de uno órganos jurisdiccionales especializados, es factible diferenciar los tipos de jurisdicción, sin que ello implique la existencia de jurisdicciones separadas. En dicha línea, de acuerdo a la relevancia de los derechos sociales, resulta atendible ponderar que los reclamos en torno a ellos sean ventilados dentro de un tipo especial de jurisdicción como vendría a ser la jurisdicción social, bajo la cual es plausible entender que los procesos deben desarrollarse de una forma más expeditiva y con atención particular de acuerdo a las garantías que en el se deben observar, recobrando singular importancia dentro de estos los procesos laborales, pues como bien señala Oscar Ermida⁽³⁵⁾: “No se puede olvidar que en el juicio laboral se discute el pago de sumas de naturaleza alimentaria o emanadas del desconocimiento de derechos fundamentales. En materia laboral, la sentencia tardía –aún técnicamente correcta– no es justa; es denegación de justicia”.

La jurisdicción social válida puede ser entendida en un sentido amplio, bajo la cual se cataloga “la jurisdicción como actividad o competencia y la jurisdicción como estructura orgánica”⁽³⁶⁾, y esto es así porque: “(...) cuando se habla de jurisdicción social se está haciendo referencia una veces a una actividad procesal de solución de litigios en este sector del ordenamiento, otras veces a los organismos

(34) De acuerdo a lo establecido en el inciso 1) del artículo 139 de la Constitución Política, en cuanto se establece como principio de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

(35) Ermida Uriarte, Oscar. *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI*. Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, p. 7.

(36) Pedras Peñalva: “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano” citado por Valverde Martín, Antonio. *Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva, Derecho Privada y Constitución*. N° 4, Setiembre - Diciembre 1994, p. 72.

jurisdiccionales que desempeñan esta función, y otras veces en fin al conjunto institucional que forman tal actividad procesal y tales organismos jurisdiccionales”⁽³⁷⁾.

Por ello, estando a la redacción del artículo II del Título Preliminar de la NLPT, así como a su artículo 2, debemos entender que lo que en realidad aborda es la jurisdicción social, entendida como el ámbito dentro del cual el proceso persigue resolver el conflicto de manera ágil dando mayor relevancia a la palabra dicha que a la escrita, que no se agota en los casos netamente laborales, sino también mediante él se busca otorgar solución a los conflictos de naturaleza previsional como son los suscitados dentro del Sistema Privado de Pensiones e incluso aborda los temas de discriminación en el campo extra-laboral, es decir, cuando aún no se ha iniciado la relación laboral; además, al juez laboral se le confiere la potestad de resolver los demás temas referidos a la seguridad social, valiéndose del proceso correspondiente, aunque en estos casos a través del ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa cuya ley de la materia regula un procedimiento distinto (Ley N° 27584), conforme se tiene del tenor del numeral 4 del artículo 2 de la NLPT, procesos que con la Ley N° 26636 formaron parte de la justicia laboral, pero por disposición de la Ley N° 27584 dicha materia pasó a ser de conocimiento de los juzgados contenciosos administrativos en el año 2001 y mediante Ley N° 29364 vigente a partir del veintinueve de mayo de dos mil nueve dicha competencia retorna a los juzgados laborales.

2. El acceso a la jurisdicción en la nueva ley procesal del trabajo

La temática de la NLPT es brindar una justicia laboral que comprende más supuestos de los que se veían con la Ley Procesal que deroga, al permitir que ante el juez laboral se ventilen todo conflicto nacido de una prestación personal de servicio; en tal sentido, recurrirán al juez laboral además de quien se encuentre inmerso dentro de conflictos nacidos del contrato de trabajo que tiene o que alega tener, los que cumplen servicios a causa de modalidades formativas o por la existencia de un contrato administrativo de servicios; permitiéndose a la vez, que las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajadores y sus socios trabajadores en las materias asociativo-laborales se ventilen en la vía judicial sin tener que agotarse la vía interna, conforme lo exigía la Disposición Complementaria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 002-97-TR.

Es así que resulta factible colegir, que la NLPT garantiza que mucho más personas tengan acceso a un proceso en donde los rasgos de oralidad pretenden alcanzar la máxima eficiencia al reducir el tiempo en el cual las causas laborales comúnmente se demoraban bajo la vigencia de la Ley N°26636, siendo el caso incluso,

(37) VALVERDE MARTÍN, Antonio, Jurisdicción Social y Tutela Judicial Efectiva, Derecho Privado y Constitución N°4, Setiembre - Diciembre 1994, p. 72 en <www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/7/Dpc-004-071.pdt>.

que bajo ninguna consideración limita que los terceros interesados en el proceso tengan acceso a recurrir a la instancia jurisdiccional, en caso se configuren las circunstancias necesarias para su presencia.

2.1. Acceso a la justicia-comparecencia

Uno de los aspectos novedosos de la NLPT es que identifica a quienes por presentar determinadas circunstancias merecen de una especial consideración en el acceso a la justicia, en tanto se justifica que determinados intereses superiores deben recibir del Estado un trato preferencial en la defensa de sus derechos, motivo por el cual se les ofrece por un lado una defensa pública por parte del Estado, y por el otro, se permite que instituciones involucradas en la defensa de dichos intereses intervengan en el proceso bajo una clase de legitimidad especial.

a) La madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabaja

En virtud de lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de nuestra Constitución Política⁽³⁸⁾, las personas con discapacidad, el menor de edad y la madre que trabaja merecen de atención prioritaria por cuanto las particulares circunstancias que les rodean los convierte en sujetos socialmente más vulnerables; en consecuencia deviene en necesario “(...) realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización”⁽³⁹⁾.

Así, el proceso laboral presenta con la NLPT mecanismos que permiten la legítima defensa de los derechos laborales y de seguridad social de la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabaja, puesto que el artículo 10 de la NLPT dispone que ellos gocen de defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia, reconociendo de esta forma a la institución en mención una legitimidad para obrar especial adicional.

La defensa pública concedida por Ley a la madre gestante, al menor de edad y la persona con discapacidad que trabaja no tiene su fundamento en las carencias económicas de las cuales pueden adolecer, por cuanto en puridad para el ejercicio de este derecho solo basta con tener dicha condición, siendo el caso que las personas que cuentan con escasos recursos económicos podrían acudir a los órganos jurisdiccionales sin el patrocinio de un abogado, puesto que cuando la demanda no

(38) El artículo 4 de la Constitución Política señala: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...); en el mismo sentido, en el artículo 7 se prescribe que: (...) La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

(39) Conforme lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

supera la 70 Unidades de Referencia Procesal, el litigante tiene la facultad de acceder por sí solo a la justicia laboral, es decir, sin necesidad de contar con asesoría legal.

No obstante la claridad y la justificación que encontramos a la medida antes mencionada, pues es verdad que “la igualdad necesariamente requiere trato diferenciado para lograr y establecer el equilibrio entre situaciones diferentes”⁽⁴⁰⁾; sin embargo, corresponde analizar la posición que tiene la NLPT respecto a la defensa gratuita que otorga a la luz de lo establecido en el inciso 16) del artículo 139 de la Constitución Política, bajo cuyo postulado se establece que: “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”; es decir, la norma en mención establece como principio de la función jurisdiccional que las personas de escasos recursos económicos tengan acceso a la administración de justicia sin irrogar gasto alguno; asimismo, le otorga la facultad de contar con el patrocinio gratuito de un defensor de oficio, siendo la excepción que la Ley pueda establecer casos adicionales a los antes citados.

La NLPT hace de la excepción antes citada su regla, y la regla la convierte en excepción, al no cumplir con otorgar a las personas de escasos recursos la defensa gratuita que por mandato constitucional debería hacerlo, sino se limita a disponer que ellas recurran sin abogado a la justicia laboral, y son los casos especiales “esto es la madre gestante, el menor de edad y el impedido que trabaja” los que cuentan con defensa gratuita.

Cabe destacar de la legislación comparada, que el artículo 431 de la Ley N° 20.087 que regula el proceso laboral chileno establece: “Las partes que gocen de privilegios de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado de turno, o del sistema de defensa gratuita que disponga la ley”; identificándose claramente en el artículo 434 de la Ley chilena en mención que: “Las partes deben comparecer con patrocinio de abogado y representadas por personas legalmente habilitadas para actuar en juicio”

La naturaleza alimenticia de los derechos sociales obliga al Estado a adoptar un papel cierto en la defensa de dichos derechos que no se puede considerar satisfecha solo porque limitadas personas tenga a acceso a la defensa gratuita, o por que se le brinde un molde, opinable, de demanda, en tanto existe casos que por mandato

(40) Conforme lo rescata Julio Faúndez en su libro “Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas internacionales” al indicar respecto de la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional –predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia– sobre la relación entre los principios de prohibición de prácticas discriminatorias en contra de las minorías y el reconocimiento de que las minorías tienen derecho a trato especial y preferencias en ciertos aspecto de la vida social para proteger su identidad como grupo en el caso de las Escuelas para Minorías en Albania (1935) (Minority Schoos in Albania, Ser A/B/, N° 64,1935). FAÚNDEZ, Julio, Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas internacionales, Primera Edición, Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 26 y 27.

constitucional escapan a los supuestos establecidos y merecen ser considerados; por ello, para alcanzar una verdadera justicia social accesible al trabajador resulta conveniente otorgarle los medios necesarios que permitan ejercer una real y eficaz defensa de sus derechos, siendo insuficiente el solo hecho que se le permita al trabajador presentarse a juicio sin defensa cautiva, máxime si por la diversidad de normas que componen el Derecho Laboral, así como su especialidad, no se puede llegar al entendido que sea de fácil comprensión por el trabajador, omitiendo que es la “defensa de la persona humana”, y no solo de tres tipos de personas en específico, “y su dignidad el fin supremo de la sociedad y el Estado”, conforme reza el artículo 1 de nuestra Constitución Política.

El proceso laboral debe brindar al prestador de servicios los instrumentos que le permitan actuar en igualdad procesal y con ello obtener acceso a la justicia. En la realización de la justicia social es básico el auxilio legal al trabajador.

b) La defensa de los sindicatos a sus afiliados sin necesidad de poder especial de representación

La libertad sindical es un derecho de índole constitucional garantizado por el inciso 1) del artículo 28 de la Constitución Política, cuyo desarrollo se encuentra en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo el cual en su artículo 1 reconoce, que todos los trabajadores tienen derecho a “constituir las organizaciones que estimen convenientes” sin ninguna distinción y sin autorización previa, debiendo ser el objeto de dichas organizaciones el fomento y la defensa de los intereses de los mismos, de acuerdo a lo señalado en el artículo 10 del Convenio en mención.

Para lograr la real defensa de los intereses de los trabajadores se exige, que las organizaciones representativas gocen de autonomía sindical, que a consideración de Alfredo Villavicencio: “Esta autonomía, tanto a nivel orgánico como de funcionamiento y actuación, es la condición más importante para la existencia de la libertad sindical colectiva, y está constituida por las libertades de reglamentación, representación, gestión, disolución o suspensión y federación⁽⁴¹⁾.”

La NLPT en su artículo 8, incisos 2) y 3), a diferencia de la Ley N° 26636,⁽⁴²⁾ reconoce a los sindicatos la facultad de defender en juicio no solo los intereses de su propia causa, sino también el de los dirigentes y afiliados, **sin necesidad de un poder especial de representación.**

Siendo evidente que dicho poder especial de representación es el previsto en el artículo 75 del Código Procesal Civil, pero entonces en ese caso es indispensable

(41) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación, Primera edición, Plades, Lima, 2010, p. 127.

(42) En tanto por disposición de los artículos 9 y 10 de la Ley N° 26636 se establece que, las organizaciones sindicales y asociativas constituidas tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que les son propios, y los trabajadores, en caso consideraban necesario, podían conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembros.

corroborar de que manera el Sindicato goza de capacidad para obrar en nombre de sus afiliados, de lo contrario no sería posible que pudiera ejercer el derecho de acción en nombre de cualquiera de ellos o en su conjunto.

Recoge dicha disposición el espíritu del artículo 8 inciso c), de la Ley de Relaciones Colectivas, Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual establece que son fines y funciones de las organizaciones sindicales: “Representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor”.

Sobre la capacidad de representación de los sindicatos, el Tribunal Constitucional reconoce en la sentencia recaída en el Expediente 632-2001-AA/TC, “que en el plano de la justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o a un grupo determinado de ellos”; por tal motivo enfatiza en la sentencia recaída en el expediente 3311-2005-AA/TC que, “la representatividad de los sindicatos para defender sus intereses, así como los de sus dirigentes y afiliados, tiene pleno sustento constitucional”.

No obstante lo señalado, resulta prudente advertir que el Tribunal Constitucional ha abordado el tema de la representación de los sindicatos basándose únicamente en lo dispuesto en la Ley Procesal de Trabajo N° 26636, en la sentencia expedida en el Expediente N° 01733-2010-PA/TC del veintiuno de julio de dos mil diez, sosteniendo que el recurrente al momento de presentar la demanda laboral de cese de acto de hostilidad a favor de su afiliado, no acreditó con documento probatorio alguno la representación que el Sindicato ejercía sobre su afiliado, siendo indispensable la presentación de dicha documentación, más aún si se observa que el asunto laboral trataba de uno netamente individual (cese de acto de hostilidad) y no de uno colectivo.

Respecto a esta facultad especial de representación cabe analógicamente comparar, que situación similar se advierte en el caso del gerente general o los administradores de la sociedad, pues según lo establecido en el último párrafo del artículo 14 de la Ley N° 26887, estos gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, “por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario”.

La decisión de ser el “nombramiento del cargo de gerente general o administrador de la sociedad” el que defina la representación absoluta de la empresa resulta entendible si consideramos que la persona jurídica no tiene voluntad propia, y son sus representantes quienes a través de sus decisiones definen la marcha de la institución; sin embargo, en el caso de los sindicatos no se podría decir que tal justificación le alcanza, por cuanto sus representados sí gozan de voluntad propia.

Jurisprudencialmente se ha definido que la voluntad del sindicato resulta ser independiente a la voluntad del trabajo, criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 3311-2005-PA/TC en el sentido de que: “los sindicatos no se sustituyen a la voluntad de los trabajadores cuando intervienen en la defensa de los intereses del propio sindicato y de sus afiliados”; por ello queda claro, que no porque el sindicato tiene la facultad de por sí mismo iniciar un juicio debe considerarse que a los trabajadores se les ha vedado cualquier decisión respecto de sus derechos.

El límite que la NLPT establece a las facultades de representación de los sindicatos respecto de los beneficios individuales de sus afiliados y dirigentes radica en la imposibilidad de hacer efectivo el cobro de los beneficios laborales que tras el proceso correspondiente pudieran obtener.

Pero además de ello, resulta también ser un límite esencial el hecho que el Sindicato se encuentra en la incapacidad de poder en la audiencia de conciliación de arribar a un acuerdo, puesto que necesariamente por disposición del artículo 30 de la NLPT, se debe cumplir con el test de disponibilidad para poder conciliar o transigir, para lo cual se exige básicamente el cumplimiento de tres requisitos: **1) El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva; 2) Debe ser adoptado por el titular del derecho y, 3) Se debe contar con el abogado prestador de servicios del demandante.**

Evidentemente, el sindicato no es el titular del derecho, por lo que no podría disponer del mismo; sin embargo, nada obsta porque el demandante en caso de imposibilidad pueda delegarle poder especial para que se presente y actúe en la audiencia de conciliación; entendiéndose en ese sentido que si bien como hemos señalado, por mandato mismo de la NLPT, el Sindicato tiene la legitimidad para interponer demanda a favor de sus miembros, pero requiere de una manifestación de voluntad expresa cuando es la intención del actor que sea el Sindicato el que participe del acuerdo conciliatorio.

En puridad opino, que la defensa de los intereses de los afiliados debe contener mayores límites de los que la actual Ley presenta; como modesta opinión considero, que el dejar el conocimiento de la demanda al trabajador en manos del empleador, sin que el incumplimiento de dicho deber enerve la prosecución del proceso⁽⁴³⁾ no resulta tan ventajosa para la real legitimidad de la defensa de los derechos del trabajador.

Tomando en cuenta la legislación comparada tenemos, que en España se ha prescrito que incurre en responsabilidad el sindicato si es que presenta la demanda

(43) En el artículo 8.3 de la Ley N° 29497 se dispone que: El empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso.

sin la autorización del trabajador y le faculta al trabajador el decidir sobre la no continuación del juicio, en cualquier fase del proceso⁽⁴⁴⁾.

Estando en dicha línea soy de la opinión, que resulta importante la manifestación de voluntad del trabajador al ser su derecho el que esta en discusión, y si bien el otorgamiento de un poder expreso para litigar podría considerarse un trámite costoso y burocrático en contra del trabajador, se podría superar dicho inconveniente buscando alternativas acorde con la legítima defensa que merecen los derechos en discusión, como el discernir sobre la posibilidad que el trabajador suscriba conjuntamente con los dirigentes sindicales facultados conforme a Ley para representar a las organizaciones y sus miembros, el escrito de demanda⁽⁴⁵⁾ o el establecer que a la audiencia de conciliación deba necesariamente acudir el demandante para que tomando en cuenta su posición, se logre fijar los parámetros del derecho que se va a reconocer.

c) La intervención de la Defensoría del Pueblo, las organizaciones sin fines de lucro, el Ministerio Público y la organización sindical en supuestos especiales

Por regla general del Derecho Procesal es sabido que el proceso solo se instala a instancia de parte; es decir, que es el interesado el que acude al órgano jurisdiccional a solicitar que ampare su pretensión, estando a lo regulado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil; no obstante lo dicho, existen supuestos especiales en donde se permiten que terceros en aras de proteger un interés superior, se presenten a juicio formulando determinadas pretensiones.

Bajo dicha premisa es que la NLPT en su artículo 9 permite que no solo las personas cuyo derecho a la no discriminación se vea afectado cuando pretendan acceder a un puesto de empleo, o cuando se ha vulnerado la prohibición de trabajo forzoso e infantil, puedan acceder a la justicia laboral, pues se ha establecido que la Defensoría del Pueblo, las organizaciones sin fines de lucro, el Ministerio Público y una organización sindical pueden coadyuvar en la defensa de las personas agraviadas por los supuestos antes citados, sin que ello signifique que la voluntad de la persona victimada quede sustituida por la intervención de los mencionados, o que

(44) Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en cual en el artículo 20 señala: 2. En la demanda, el sindicato habrá de acreditar la condición de afiliado del trabajador y la existencia de la comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso. La autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del trabajador afiliado. En el caso de que no se hubiese otorgado esta autorización, el trabajador podrá exigir al sindicato la responsabilidad que proceda, que habrá de decidirse en proceso laboral independiente; 3. Si en cualquier fase del proceso el trabajador expresara en la Oficina Judicial que no había recibido la comunicación del sindicato o que habiéndola recibido hubiera negado la autorización de actuación en su nombre, el Juez o Tribunal, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las actuaciones sin más trámites.

(45) ALVA HART, Beatriz, "La representación de las organizaciones de empleadores y trabajadores" En: *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. Sociedad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Primera Edición, 2005, pp. 104 y 105.

en juicio no se puedan presentar expresando los fundamentos que consideren ayudarán al juez a formar convicción.

En el primer supuesto citado, esto es, *el poder recurrir cuando se afecte el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo* resulta evidente que el interés superior protegido es la no discriminación que como derecho fundamental resulta tener mayor consideración en el Derecho Laboral, pues como señala Blancas Bustamante: “El ámbito de las relaciones laborales es uno de aquellos en los que la tutela antidiscriminatoria resulta más necesaria, habida cuenta de la intensidad con que el fenómeno de la discriminación suele presentarse”, indicando en líneas seguidas, “En función del momento en que ocurre, la discriminación puede ser de dos tipos: bien discriminación en el acceso al empleo, bien durante la relación laboral. La primera configura la negación del acceso al empleo pudiendo ser directa o indirecta”⁽⁴⁶⁾.

Consideramos, que son los dos supuestos (tanto directo como indirecto) los que son recogidos por la NLPT en tanto lo que importa, a consideración de la Ley, es que el acto discriminatorio se configure cuando se pretenda acceder a un puesto de trabajo.

Resulta oportuno agregar, que la protección del derecho a la no discriminación cuando se busca acceder a un puesto de trabajo ha sido ya recogido por la Ley N° 26772, modificado por la Ley N° 27270, al prescribir en su artículo 1 que: “La oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”.

El segundo supuesto especial, referido a “el quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil”, cuyo cese puede ser solicitado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público o las organizaciones sin fines de lucro, se sustenta en el valor supranacional que tiene el eliminar toda clase violación a la libertad de trabajo, considerando que la Organización Internacional de Trabajo en su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo establece que todos los Miembros, aun cuando no hayan firmado los convenios relativos, tienen como compromiso por pertenecer 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, entre los que se encuentra: *La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la abolición efectiva del trabajo infantil*.

Por tal motivo, es entendible el porqué el legislador ha procurado velar porque estos derechos difusos tengan un patrocinio eficaz, encargando a los organismos que por la naturaleza de sus funciones defienden intereses superiores y ajenos

(46) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 155 y 159.

al suyo propio; siendo el caso además, que la real preocupación por defender la eliminación del trabajo infantil se traduce en el hecho que en el artículo 8.1 de la NLPT, se establece que los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal, debiendo poner en conocimiento del Ministerio Público la demanda presentada por un menor de catorce años, sin que la falta de intervención en este último caso del Ministerio Público afecte el trámite del proceso.

Para el Código de los Niños y Adolescentes, la edad mínima para trabajar es de catorce años, salvo excepción por la que se puede autorizar que un menor de doce años labore bajo determinadas condiciones⁽⁴⁷⁾, siendo el caso que por disposición del artículo 65 del Código en mención se permite, que los adolescentes trabajadores puedan reclamar sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica. La NLPT reconoce que existen niños de menos de catorce años que trabajan, en cuyo caso permite que estos reclamen en juicio sin necesidad de representante legal, pero gozando de la defensa pública del Ministerio de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la NLPT.

2.2. Casos especiales de acceso a la justicia:

a) Reposición - Pretensión principal y única

Tomando en consideración los procesos reconocidos en la NLPT vemos, que el proceso abreviado laboral es el que resulta ser más expeditivo al resolverse las causas en una única audiencia, con la consiguiente ventaja que en el mismo día, al término de esta, se tenga resuelta la controversia; es decir, mediante dicho proceso el Estado otorga verdadera tutela diferenciada en tanto considera que existen determinadas pretensiones que por su propia naturaleza merecen ser tramitadas en un proceso con plazos reducidos, por cuanto la discusión de los derechos a tratar requieren de un ámbito de contenciosidad más limitado.⁽⁴⁸⁾

Las materias que en proceso abreviado serán resueltas ante el juez especializado en lo laboral están establecidas en los incisos 2) y 3) de la NLPT, resultando conveniente detenerse a analizar particularmente la redacción del mencionado inciso 2) bajo el cual se dispone, que la competencia del juez de trabajo será: *En pro-*

(47) El artículo 51 del Código del Niño y Adolescente establece:

Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes: 1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia: a) Quince años para labores agrícolas no industriales; b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y, c) Diecisiete años para labores de pesca industrial. 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

(48) MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Primera Edición, Editorial Palestra, 2004, p. 46.

ceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal y única.

Si tenemos en cuenta dicho tenor vemos, que resulta confusa la manera como se ha expresado que en el proceso abreviado se pueda conocer como materia de pretensión principal única la “reposición”; pues el derecho material lo que en sí estipula es que frente a la configuración de un despido nulo por haberse presentado algunas de las causales establecidas en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral,⁽⁴⁹⁾ corresponde la reposición del trabajador, con el consecuente pago de los sueldos caídos; es decir, no cabe que el trabajador solicite por sí sola la reposición, sino que necesariamente debe primero argumentar respecto de la posible existencia de un despido nulo; caso en el cual, de comprobarse, recién adquiere el trabajador el derecho a ser repuesto, o en su caso pedir en ejecución el pago de la correspondiente indemnización⁽⁵⁰⁾. Debiendo tenerse presente que como requisito de acceso a la justicia la LPCL establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad de despido.

No se ha regulado en el derecho laboral peruano otro supuesto por el cual se le reconozca al trabajador el derecho a ser repuesto; por el contrario, se ha reconocido sí expresamente que el despido arbitrario es aquel en el cual “no se ha expresado causa o la causa no se puede demostrar en juicio”⁽⁵¹⁾; frente a ello, queda exclusivamente la vía constitucional expedita para los casos de despido incausado, fraudulento y despido nulo por violar derechos constitucionales, casos en los cuales si los trabajadores logran su reposición no es porque exista norma alguna que así lo establezca, sino por los efectos mismos del proceso de amparo que es “reponer las cosas al estado anterior de la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho constitucional”; incluso el Tribunal Constitucional en el expediente 976-2001-AA/TC al clasificar los despidos en nulo, incausado y fraudulento admitió, “que para el caso del despido nulo está prevista su conocimiento por el Juez de Trabajo a través del proceso ordinario laboral, correspondiendo los otros casos a la vía Jurisdiccional Constitucional”.

El reconocimiento que se hace de este tipo de proceso no implica entender que se pretenda convertir el “proceso laboral” en un “proceso específico de protección de los derechos fundamentales”, pues ello daría lugar a confundir dos tipos de proceso cuya naturaleza es distinta, en tanto uno se tramita en la vía ordinaria

(49) Texto Único Ordenado de 1 Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 03-97-TR.

(50) El artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 establece en su tercer párrafo: En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38 (de la misma norma).

(51) El artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 establece en su segundo párrafo: 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 38, como unida reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

la cual cuenta con estación probatoria, mientras que el otro resulta ser extraordinario en tanto su trámite no merece de mayor discusión, al tener que estar manifiestamente establecida la vulneración o puesta a vulneración del derecho constitucional que se pretende defender.

Es más, no resulta procedente afirmar que en el proceso laboral se tenga necesariamente ventilar todas las causas constitucionales por cuanto “la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se canaliza de una forma natural a través de los distintos medios que la propia legislación procesal establece”⁽⁵²⁾; que como sabemos en la legislación peruana se sub dividen entre los procesos que deben ser conocidos por el juez ordinario especializado en una materia específica y los jueces constitucionales.

b) Tutela declarativa: Procesos individuales de liquidación del derecho reconocido

La declaración de la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, a través de sentencia expedida por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de la República, pasada en autoridad de cosa juzgada, permite acceder a la tutela jurisdiccional a los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados, pero resultará improcedente negar el hecho declarado lesivo en las resoluciones que con autoridad de cosa juzgada se presentan.

La NLPT, en su artículo 18, faculta a los afectados a iniciar **procesos individuales de liquidación del derecho reconocido**.

Es importante relevar, que en tanto la norma en mención establece esta forma de tutela de manera expresa a “los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados”, es evidente en nuestro entender que el accionante no está liberado de la obligación de acreditar el encontrarse comprendido en dicho supuesto de afectación, aun cuando la misma norma establece que el demandado puede, en todo caso, caso demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia, en tanto no establece regla de presunción a favor del accionante de encontrarse comprendido en los efectos de la sentencia invocada.

En doctrina, se conoce a este tipo de sentencias que permiten “la extensión de los efectos del fallo de tutela a personas que no habían acudido a la acción de tutela, pero que se encuentran dentro del mismo grupo de afectados”, como

(52) NATAREN NANDAYAPA, Carlos F. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 63.

sentencias *Inter Communis*; de acuerdo a la distinción de los efectos de las sentencias colombianas desarrollado por Catalina Botero⁽⁵³⁾.

La Corte Constitucional de Colombia desarrolló en la sentencia SU-1023-01 al resolver el conflicto presentado por la falta de pago por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante –CIFM– de las “mesadas pensionales desde septiembre de 1999, y las adicionales de diciembre de 1999 y junio del 2000” que resultaba necesario proteger los derechos no solo de los que habían interpuesto la demanda, sino también de aquellos que perteneciendo al mismo grupo, no hubieran presentado la acción de tutela, afirmando en el punto ocho de la referida sentencia:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado”.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico es factible advertir, que el supuesto por el cual se extiende los efectos de la sentencia a sujetos que no iniciaron la acción judicial es recogido por el artículo 60 del Código Procesal Constitucional, al facultarse a cualquier persona que se vea afectada por un acto sustancialmente homogéneo, declarado previamente lesivo en un proceso de amparo, recurrir al juez de ejecución del primer proceso para denunciar este hecho. Sobre las connotaciones del acto lesivo homogéneo, el Tribunal Constitucional ha precisado que: “Solo si existe una sentencia previa, en la que se ha establecido claramente el derecho afectado y el acto lesivo, y que ha adquirido la calidad de firme, podrá evaluarse

(53) BOTEROMARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, p. 173.

si la acción u omisión que se produzca con posterioridad resulta homogénea. Así, si se clara improcedente o infundada una demanda de tutela de derechos fundamentales, no puede solicitarse –con posterioridad– la represión de actos lesivos homogéneos. La sentencia previa mediante la cual se declara fundada la demanda puede ser del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional”⁽⁵⁴⁾.

El derecho declarado debe ser de naturaleza colectiva para lo cual conviene tener presente lo expuesto por Antonio Gidi⁽⁵⁵⁾ al referir que, “la titularidad del derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada de personas indeterminadas más determinables” agregando en líneas siguientes que: “En los derechos colectivos, las personas que componen la titularidad colectiva del derecho son ligadas por una previa relación jurídica-base que mantiene entre si o con la contraparte”.

No obstante lo señalado se debe tener en cuenta que, el derecho reconocido podría pertenecer a la categoría de los derechos individuales homogéneos que a decir de Gidi: “Se caracterizan por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”⁽⁵⁶⁾. Dicho supuesto se presentaría, por ejemplo, cuando un grupo de servidores que, por pertenecer a una empresa con menos de veinte trabajadores, no pueden formar un sindicato, pero sí por la actuación de sus delegados podrían obtenerse determinados beneficios; en dichas circunstancias resulta válido que el derecho reconocido, no al ente que no existe, pero sí a cada uno de los trabajadores del grupo, sea válidamente exigido por cada uno de ellos.

Al reconocerse en la NLPT la posibilidad que los miembros de un grupo o categoría a quienes puedan reclamar en forma directa la liquidación del derecho reconocido a la colectividad a la cual pertenecen se está asegurando no solo que todo trabajador tenga acceso a una real justicia, sino también favorece el fortalecimiento de otros principios procesales, como el de economía procesal y celeridad todo lo cual redundará en forma satisfactoria en la carga procesal que afrontan los órganos jurisdiccionales en tanto los libera de conocer de procesos en los que se discutan pretensiones que en otros procesos ya han sido concedidas a quienes presentan las mismas condiciones de hecho y de derecho.

c) La tutela cautelar judicial como manifestación del derecho de acceso a la justicia

Uno de los puntos que permite inferir como el acceso oportuno a los órganos jurisdiccionales va a permitir que el justiciable obtenga la solución a su conflicto

(54) Expediente N° 05207-2008-AA, sentencia del 04 de setiembre de 2009, f. j. 14

(55) GIDI, Antonio y FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 29 y 31.

(56) GIDI, Antonio y FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Ob. cit., p. 35.

“en justicia” son las medidas cautelares, las cuales a través de un proceso autónomo en cuanto a su tramitación, pero accesorio, “puesto que está condicionado o supeditado a la existencia de otro, y corre por lo tanto la misma suerte de este, agregando su peculiaridad de medio instrumental para obtener la efectividad de los resultados queridos”⁽⁵⁷⁾ se logra materializar las pretensiones discutidas en el proceso principal antes que el transcurso del mismo logre que se vuelvan irreparables.

Con la Ley N° 26636 la oportunidad para solicitar una medida cautelar solo es posible “dentro del proceso”, lo cual queda supeditado entonces a la admisibilidad de la demanda, y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales laborales, así como el acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2008, asumieron el criterio de que las medidas cautelares en materia laboral se encuentran previstas en el artículo 100 de la Ley Procesal del Trabajo, N° 26636, pero que igualmente son procedentes todas las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente.

La NLPT permite que se dicten medidas cautelares “antes de iniciado el proceso o dentro de este”, debiendo el demandante en caso de obtener una medida cautelar antes de iniciado el proceso, presentar la demanda principal en el plazo de diez días, de acuerdo a lo establecido en el artículo 636 del Código Procesal Civil.

De todas las garantías que ofrece el proceso considero, que son las medidas cautelares las que recobran singular importancia cuando se aborda el reclamo a los beneficios sociales al constituirse en derechos de carácter alimenticio; por lo tanto de urgente atención, por ello solo una medida cautelar adecuada y oportuna puede asegurar que la finalidad del proceso no devenga en ilusorio como indica Gómez Váldez: “Hay quienes han visto como finalidad última de la medida asegurar el debido proceso, en el entendido que este tiene su parte crucial precisamente en su ejecución, puesto que cuál sería la eficacia de una sentencia que no puede ejecutarse por la decidida elusión de pago del vencido que por alguna razón colocó a buen recaudo su patrimonio y bienes para impedir su ejecución”⁽⁵⁸⁾.

A decir de Podetti, “el objetivo de las diligencias cautelares consiste en proporcionarle a las sentencias de mérito la posibilidad de que resulten eficaces; y con ello evitar que la acción jurisdiccional sea objeto de burla, y también, que el proceso sea considerado un vano torneo de actitudes declamatorias carente de proyecciones prácticas”⁽⁵⁹⁾.

(57) ARENAS CEBALLOS, Julieta. “La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo”. En: *Revista Civilizar*, Vol. 9, Núm. 16, enero-junio 2009, p. 96.

(58) GÓMEZ VALDEZ, Francisco, nueva Ley Procesal del Trabajo, Primera Edición, Editorial San Marcos, 2010, p. 637.

(59) Citado por HURTADO REYES, Martín, en *Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Librería y Ediciones Jurídicas, Primera Edición, Lima, 1998, p. 16

Si bien la medida cautelar puede proteger al trabajador del cumplimiento de la sentencia, asegurando que dentro del trámite del proceso el empleador no disponga de sus bienes poniendo en peligro su ejecución, debe destacarse que en materia laboral la medida cautelar persigue también proteger la estabilidad del trabajador como persona, al posibilitar que mientras transcurre el proceso, en atención a que el trabajo constituye su fuente de ingresos, pueda en casos especiales previstos en el artículo 55 de la NLPT, obtener a través de una medida cautelar su reposición provisional si cumple los requisitos ordinarios.

La indicada norma prevé como casos especiales: a) haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad; viabilizando así el trato especial a que se refiere el Artículo III del Título Preliminar de la NLPT; b) estar gestionando la conformación de una organización sindical, observándose así la garantía a la libertad sindical de conformidad con el inciso 1) del artículo 28 de la Constitución Política, supuesto que viene a limitar conductas de empleadores que deciden desarticular la organización de un sindicato con el cese unilateral de los trabajadores comprometidos en la misma.

3. Principio pro actione y acceso a la justicia.

El que se considera titular del derecho que reclama, tiene expedita la opción de ejercer un derecho de carácter abstracto llamado acción, el cual le permite acceder a los órganos jurisdiccionales a pedir la tutela que su causa amerita, quedando este derecho abstracto materializado en la pretensión que se encuentra contenida en la demanda, la cual constituye el primer acto procesal.

Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia no se agota en la mera presentación de la demanda, deben observarse necesariamente los requisitos legales que la Ley procesal establece, y esto es así porque conforme observa el Tribunal Constitucional, “El establecimiento de cualquier requisito para poder iniciar un proceso judicial importa, per se, una limitación del derecho de acceso a la justicia. Este derecho, como se ha dicho, garantiza en su contenido inicial, el poder de acceder a un tribunal de justicia”⁽⁶⁰⁾.

En virtud del artículo 16 de la NLPT, la calificación de la demanda laboral presentada dependerá del cumplimiento no solo de los dos requisitos que en dicho artículo se señalan, sino también de la observación de los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, los cuales específicamente se encuentran contenidos en sus artículos 424 y 425, del Código Procesal Civil; requisitos sin los cuales la demanda deberá ser declarada inadmisibile.

Mención especial merece la calificación de improcedencia de la demanda, con carácter de rechazo liminar a la tutela jurisdiccional.

(60) Sentencia del 26 de agosto del 2003 expedida en el Expediente N° 010-2001-AI/TC, Defensoría del Pueblo, f.j. 12

La NLPT no establece cuáles son las causales de improcedencia de la demanda, siendo aplicables entonces las previstas en el artículo 427 del Código Procesal Civil; pero lo singular de la de la norma laboral resulta cuando establece en su artículo 17: “Excepcionalmente, en el caso de que la improcedencia de la demanda sea notoria, el juez la rechaza de plano en resolución fundamentada”.

Tal requisito de notoriedad implica que no exista duda respecto a la existencia de la causal de improcedencia. De esta forma cabe colegir, que por la aplicación del principio pro actione “se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del Derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción”⁽⁶¹⁾.

Bajo la línea antes descrita tenemos, que la Ley adjetiva transmite el mensaje de que el Juez no puede hacer un análisis que traspase los límites de la notoriedad, por cuanto no le está permitido declarar la improcedencia cuando podría considerar que la demanda es improcedente, en tanto ello constituye una duda que el ordenamiento jurídico ignora al optar en dichas circunstancias por preferir la continuación del proceso.

Si bien con dicha decisión lo que se pretende es favorecer el acceso de más ciudadanos a los órganos jurisdiccionales, medida saludable si consideramos que es esa la razón implícita por la cual se reformó la justicia procesal laboral en nuestro país; sin embargo cabe preguntarse cuán ventajoso resulta el restringir la posibilidad del juez de declarar improcedente la demanda si con la Ley N° 26636 era casi frecuente advertir procesos en los que luego de toda la etapa procesal, eran declarados improcedentes recién en la sentencia.

4. Los recursos judiciales en el acceso a la justicia

Es verdad que la interposición de la demanda es el acto procesal por el cual se accede a los órganos jurisdiccionales, propiamente, se recurre a un juez competente para que sea quien emitiendo pronunciamiento de fondo, decida sobre la pretensión propuesta; sin embargo, el que un órgano competente conozca de la pretensión no se agota en dicho escenario, pues frente a una sentencia que produce agravios, la parte afectada tiene el derecho de “poder recurrir a los tribunales mediante un recurso judicial efectivo que concrete el derecho a la acción”⁽⁶²⁾, amparándose en el derecho a la doble instancia reconocido en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución.

(61) Sentencia del Tribunal Constitucional, del 13 de abril de 2005, recaída en el expediente N° 2302-2003-AA/TC.

(62) LANDA, César. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N°8. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 2002, p. 458.

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido, efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que la autoridad competente: decidirá sobre los derechos de la persona que interponga el recurso, desarrollará las posibilidades del recurso judicial y garantizará el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁽⁶³⁾.

De acuerdo a la NLPT el recurso de apelación respecto a las decisiones del Juez de Trabajo será de conocimiento de un órgano jerárquico superior, el mismo que a consideración de dicha norma podrá estar conformado por un solo Juez o por un colegiado compuesto por tres magistrados.

Precisamente, la Sexta Disposición Transitoria de la NLPT dispone el doblamiento de cada Sala Laboral en Tribunales Unipersonales cuando la cuantía establecida en la sentencia no supere las 70 U.R.P; medida que fue materializada por Resolución Administrativa N° 182-2010-CE-PJ y que a consideración personal no va a lograr reducir la carga procesal, por cuanto no es a raíz de esta decisión que las Salas Labores van a recibir una menor carga procesal. Los Tribunales Unipersonales lo que van a lograr es que las causas sean tramitadas con mayor celeridad, puesto que no habrá la necesidad de que un colegiado vote la causa, sino solo un magistrado es quien adoptará la decisión que ponga fin al proceso⁽⁶⁴⁾.

La constitución de Tribunales Unipersonales tampoco resulta novedosa si tenemos en cuenta que las sentencias expedidas por los Jueces de Paz Letrados son revisadas por los Jueces Especializados de Trabajo como segunda instancia; es decir, en esos casos también se puede señalar que existe la figura del Tribunal Unipersonal; sin embargo, ello no resta en nada la gran trascendencia de su aplicación como una forma de celeridad en el trámite del proceso en casos especiales en que es de suponer que la cuantía no los califica de complicados. En puridad la revisión por los Tribunales Unipersonales debió estar dirigida a casos en que por el tipo de pretensión y su cuantía se apreciara como poco complicado.

No obstante la atingencia expuesto considero, que mientras se tutele el derecho a la “doble instancia”, esto es, a que sean dos los órganos jurisdiccionales que conozcan del proceso, no existiría afectación de índole constitucional, la cual en cambio se produce cuando en forma excesiva se extienden los plazos procesales al punto tal que interpuesto el recurso de casación, por el que solo se puede analizar si la norma ha sido correctamente aplicada o interpretada al caso, el trámite del proceso se extienda por mucho tiempo más del esperado, con lo cual obviamente se retrasa la satisfacción de la expectativa del actor de obtener la solución de su

(63) Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 25

(64) De acuerdo a lo expresado en la entrevista concedida por el autor a Gaceta Jurídica, En: *Soluciones Laborales*, Año 3, Número 31, Julio - 2010, p. 68.

caso dentro del plazo que pueda ser considerado como una respuesta del órgano jurisdiccional dada en justicia.

Uno de los recursos cuyo utilización se puede considerar seriamente afectado es el recurso de casación al tener los jueces de paz letrado una competencia por razón de la cuantía mayor a la que conocían con la Ley N° 26636; consecuentemente, existirán un gran número de causas que solo tengan acceso a la decisión de un juez especializado como segunda instancia, en tanto conforme se indica en el artículo 35 de la Ley NLPT, el recurso de casación está reservados para las sentencias y los autos expedidos por las salas laborales que, como órgano de segundo grado, ponen fin al proceso.

Al margen de lo señalado resulta oportuno resaltar, que el artículo 38 de la NLPT establece que **“la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias”**; indicando de igual forma en las líneas siguientes que: **“Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundada e inimpugnable”**.

Es decir, para la NLPT el recurso de casación no tiene por efecto suspender el proceso, su objetivo es lograr contribuir a la eficacia de la decisión jurisdiccional en tanto persuade al impugnante de interponer recursos con ánimos dilatorios; sin embargo, cuando la pretensión versa sobre obligación de dar sumas de dinero considera procedente la posibilidad de evitar la prosecución del proceso bajo la condición que la suma a pagar quede depositada en el juzgado de origen o se emita carta fianza garantizando dicha obligación.

Es la preocupación porque las causas sean resueltas en un tiempo prudencial lo que ha llevado al legislador ha establecer medidas que puedan desalentar cualquier intención de perpetuar los procesos en el Poder Judicial, con el evidente perjuicio que ello ocasiona.

IV. CONCLUSIONES

1. A diferencia de su predecesora, la NLPT dentro de las directrices que inspiran los preceptos en ella regulados, reconoce al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en su Título Preliminar; principios que en conjunto busca se alcance la justicia pronta que se espera en cada caso en concreto; la cual no va a poder realizarse si principalmente no se garantiza que un mayor número de personas accedan a los órganos jurisdiccional.
2. La NLPT comprende en su ámbito todas las formas de prestación de servicios subordinados: Régimen laboral privado, público, administrativo, formativo, cooperativista y materia de seguridad social, así como, en el caso de actos previos a la prestación de servicios; todo lo cual redundará en fortalecer

- que un mayor número de personas concurran a los órganos jurisdiccional, buscando conseguir se obtenga una “justicia social para todos”.
3. Con el propósito de atender con mayor prontitud causas que por su naturaleza son acreedoras de una atención diferenciada, la NLPT ofrece un medio distinto a través del proceso abreviado para reclamar las pretensiones referidas a la libertad sindical, y cuando se solicite la reposición como principal y única pretensión; sin embargo, resulta confuso que se haya optado por compeler a los trabajadores ha solicitar la reposición cuando de acuerdo a la norma sustantiva, lo que corresponde es que los trabajadores aleguen la existencia del despido nulo, y solo después de comprobada dicha circunstancia puedan pedir ser repuestos,
 4. Al no existir ningún otro supuesto que permita la readmisión en el empleo al trabajador, no cabe considerar que en la vía del proceso abreviado laboral se pueda alegar la reposición por los despidos creados en la vía constitucional, en tanto si en estos se consigue la reposición, no es porque una norma material así lo disponga, sino por los efectos mismos de la acción de amparo que es reponer las cosas al estado anterior de la vulneración o amenaza de vulneración; consecuentemente, si se alega el despido por violación de un norma constitucional entonces solo le queda al trabajador acudir al proceso que “por sus efectos restitutivos” le permite ser reincorporado, y no al proceso laboral que por su carácter instrumental solo le permite realizar lo que en las normas laborales se encuentra establecido, máxime si expresamente el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 indica, que es arbitrario el despido por no haberse expresado causa (incausado) o la causa no se puede demostrar esta en juicio (fraudulento), en cuyo caso solo corresponde el pago de la indemnización.
 5. La regla general para la NLPT es el reconocer que los justiciables tienen la opción de recurrir por si solos a la justicia laboral, cuando lo diminuto de su pretensión lo justifique (estando a que el monto reclamado no excede las 70 U.R.P.), y solo la madre que trabaja, el menor de edad y el discapacitado son, por las circunstancias que lo rodean, son quienes merecen siempre contar con la defensa cautiva; está posición contradice “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”, establecido por en el inciso 16) del artículo 139 de la Constitución Político.

Se debió ponderar la capacidad económica de las personas que merecen de tutela por parte del Estado, y no limitarse a referir que porque se reclama una suma no considerable de dinero entonces simplemente no merecen de defensa cautiva; reduciendo su derecho de defensa al llenado de un formulario, opinable, de demanda, dejándolo sin apoyo profesional frente a los argumentos de la contestación a la demanda y medios de defensa que en esa se planteen.

Debió disponerse la asistencia obligatoria de la defensa gratuita.

6. La nueva concepción de la justicia laboral con la NLPT radica en otorgar a los sindicatos mayores facultades procesales, al punto tal que sin el consentimiento de los trabajadores, estos pueden reclamar ante los órganos jurisdiccionales los derechos de sus dirigentes y afiliados, sin que se pueda extender la capacidad de representatividad de los sindicatos en tanto la norma misma establece como límite para su actuación la defensa de quienes forman parte de dicha organización; por ello, el sindicato no podrá reclamar por el derecho de los no afiliados.
7. Los límites que se establecen a la representación de los sindicatos es el no poder cobrar los beneficios sociales que en juicio se alcancen; sin embargo, en aras de lograr se respete la voluntad real de los trabajadores, resultaría necesario que se adopten medidas por las cuales se garanticen que efectivamente es la voluntad del trabajador iniciar el juicio, sin que ello implique que se tenga que irrogar algún gasto adicional.
8. Se establece como criterio que cualquiera de los derechos reconocidos a un grupo o categoría puedan ser reclamados por quienes no obstante no haber iniciado la acción correspondiente, se encuentran dentro de la misma categoría o grupo de personas; esta medida favorece al fortalecimiento de los principios procesales de celeridad y economía procesal, al lograr que no se desarrollen en el proceso todas las etapas procesales por considerarse que no resulta necesario tener que discutirse el derecho; debiéndose recalcar, que los derechos reconocidos pueden ser de naturaleza colectiva –en cuyo caso es el sindicato el que los gestionó–, o pueden ser derechos individuales homogéneos, –los cuales se presentan cuando quien obtiene el beneficio son los representantes de los trabajadores, y no el sindicato, pues en dicho caso no existe sindicato, por lo que si se incumple con otorgar el beneficio, cualquiera de los trabajadores puede en forma individual reclamarlo–.
9. En aras de lograr se concrete la real defensa que merece el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo y la lucha en contra del trabajo forzoso e infantil, la NLPT permite que entidades que tienen como fin defender intereses superiores como la Defensoría del Pueblo, las organizaciones sin fines de lucro, el Ministerio Público y la organización sindical puedan accionar para accionar defendiendo a quienes se han visto afectados; posición que resulta conforme no solo con nuestra Constitución Política sino también con lo prescrito en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo: *La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio y la abolición efectiva del trabajo infantil.*
10. De acuerdo con las normas del Código del Niño y el Adolescente la edad mínima para trabajar es de 14 años; sin embargo, la realidad demuestra que existen menores de dicha edad que laboran; realidad que ha sido recogido por

- la NLPT y por ello permite que los menores de edad comparezcan al proceso sin representante legal, pero gozando de la defensa pública del Estado, a cargo de los defensores de oficio del Ministerio de Justicia.
11. Recogiendo la tendencia jurisprudencial la NLPT permite que procedan en sede laboral cualquier tipo de medida cautelar, incluso se le concede al justiciable la opción de poder recurrir al órgano jurisdiccional a pedir tutela cautelar antes de iniciado el proceso; caso en el cual necesariamente se tendrá que respetar los supuestos establecidos en el artículo 636 del Código Procesal Civil, es decir, el demandante que obtenga la medida cautelar fuera del proceso necesariamente tiene que presentar la demanda principal en el plazo de diez días.
 12. Con el propósito de lograr que más personas accedan a la justicia se ha impuesto a los órganos jurisdiccionales el tener que declarar la improcedencia de la demanda solo en forma excepcional y si es que si la inconcurrencia de los requisitos esenciales para el primer acto procesal resulta notoria; frente a esta disposición cabe preguntarse cuan ventajoso va a resultar el permitirle al juez declarar la improcedencia solo en estos supuestos si con la Ley N°26636 que no contenía regla parecida, era frecuente encontrar casos en los que ya en última instancia se declaraba la improcedencia de la demanda.
 13. El acceso de los justiciables a un órgano de segunda instancia se encuentra garantizado con la NLPT al punto tal que dependiendo de la suma a reclamar pueda esté órgano superior estar conformado con un colegiado a por un tribunal unipersonal; medida por la cual si bien las Salas Labores no van a recibir una menor carga procesal, sí va a permitir que las causas sean tramitadas con mayor celeridad, puesto que no habrá la necesidad de que un colegiado vote la causa, sino solo un magistrado es quien adoptará la decisión que ponga fin al proceso.
 14. Al haberse ampliado la cuantía por la que los juzgados de paz letrados resultan ser competentes, se puede llegar al entendido que menos personas van a tener acceso a la Corte Suprema mediante el recurso de casación; sin embargo, es tolerable que el ordenamiento jurídico adopte dicha medida pues, mientras se garantice el derecho a la doble instancia lo que importa es que las causas se resuelvan con mayor prontitud, y dado el trámite conocido ante la Corte Suprema, resultaba que el interponer el recurso de casación en la mayoría de los casos implicaba el tener que esperar que la solución al caso llegue uno o dos años después.
 15. Con la NLPT se permite la interposición del recurso de casación contra las sentencias de salas e incluso contra los autos de segunda instancia que pongan fin al proceso; siendo el caso que si se ha establecido que la interposición del recurso de casación no afecte la continuación del proceso es porque lo que se pretende es que la solución al caso concrete llegue en un menor

tiempo posible; además, el supeditar la continuación del proceso al pago de la suma ordenada a pagar no resulta lesiva al principio de tutela jurisdiccional efectiva, al no negarse el acceso al órgano supremo, resultando en sentido estricto una medida por la cual se busca desalentar la interposición de recursos de casación perniciosos que solo pretenden dilatar el proceso.

16. La nueva Ley Procesal del Trabajo constituye un importante aporte al desarrollo de la justicia social, al consolidar dentro de su ámbito todos los conflictos que nazcan con motivo de la prestación de servicios, la seguridad social, la no discriminación al acceso al empleo, prohibiciones de trabajo forzoso, trabajo infantil.

**PONENCIAS
LIBRES**

LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Gabriel Acurio Salazar^()*

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda, que las relaciones laborales se caracterizan, por un alto nivel de conflictividad entre el trabajador y el empleador, ello se debe, a que, los intereses de unos y de otros son diversos, lo que casi es connatural a todo vínculo contractual, conflicto que en muchas oportunidades alcanza el ámbito judicial, por ello, la búsqueda de un proceso adecuado y ajustado a los requerimientos nacidos en la naturaleza de la relación material que da origen al conflicto laboral, constituye una necesidad y exigencia mínima para el reconocimiento del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva de quién recurre al Estado en busca de justicia.

Es importante señalar, que los derechos laborales tienen el carácter alimentario⁽¹⁾, por lo que cualquier reclamo sobre los mismos requiere una solución oportuna, es decir, casi inmediata, respetando y privilegiando el debido proceso laboral. Por ello, la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 (en adelante NLPT) de vigencia progresiva a partir del 15 de julio de 2010, es una norma que se recibe con bastante entusiasmo –salvo algunos cuestionamientos aislados– ya que regula un novísimo proceso, en el que, prima la oralidad, buscando con ello una mayor

(*) Inspector (A) en Normas Sociolaborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Magistrado de La Corte Superior de Justicia del Cusco. Estudios concluidos del Doctorado “Sociedad, Democracia, Estado y Derecho”: Universidad de Los Países Vascos - UNSAAC. Estudios concluidos de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil: Escuela de Post Grado de la UNSAAC.

(1) STC N° 3218-2004-AA/TC.- Fundamento 5.- Caso Isaac Rivas Jara

celeridad en su tramitación, luego de más de catorce años, atrás quedará el proceso escrito, lento, burocrático, y no expeditivo.

La Ley, introduce un abanico de modificatorias, las cuales no podrán ser abordadas en su integridad en el presente trabajo, por lo que nos centraremos en un aspecto que considero medular e importante, como lo es la actividad probatoria, no pretendiendo escribir la última palabra, ya que seguramente este tema, será objeto de muchos debates en el campo académico, esperando con ello contribuir de alguna manera, en los conocimientos de la comunidad jurídica.

II. OPORTUNIDAD (ARTÍCULO 21 NLPT)⁽²⁾

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.

Los medios probatorios deben ofrecerse u acompañarse en la etapa postulatoria, conjuntamente con la demanda y la contestación respectivamente. La nueva ley Procesal del Trabajo, establece una excepción, al referirse a los medios probatorios extemporáneos, aspecto que no era recogido en la anterior ley⁽³⁾ ya que se ceñía a lo establecido por los artículos 429 y 440 del Código Procesal Civil en aplicación del principio de supletoriedad.

El Código Procesal Civil, refiriéndose a las pruebas extemporáneas establece en el artículo 429 que “Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen; y al referirse a hechos nuevos señala “Cuando al contestarse la demanda o la reconvencción se invocan hechos no expuestos en ellas, la otra parte puede, dentro del plazo establecido en cada proceso, que en ningún caso será mayor de diez días desde que fue notificado, ofrecer los medios probatorios referentes a tal hecho.

En lo concerniente a los hechos nuevos, el autor ESCRIBANO los define de la siguiente manera: “una simple integración probatoria de los hechos alegados como fundamento de la demanda, sin desvirtuar la acción entablada y debe referirse al pleito ya trabado a la acción o demanda tal como está entablada, sin

(2) De aquí en adelante todos los artículos que se refieran a la actividad probatoria en la nueva Ley Procesal del Trabajo, serán puestos en negrita y cursiva.

(3) Ley Procesal del Trabajo Ley N° 26636.- Artículo 26: Oportunidad “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición legal distinta”.

implicar un nuevo pleito, esto es, ninguna acción o demanda nueva”⁽⁴⁾. Significa que los hechos nuevos tienden a demostrar mejor las acciones ya alegadas, pero que no van a constituir por sí solas una pretensión nueva, en todo caso, la segunda autorizará a entablar una demanda nueva que debe promoverse por separado. El referido autor precisa que los hechos nuevos tienen triple función: a) Cuando son una *mera integración probatoria* de los hechos invocados en la demanda, reconvención o contestación, es decir, que es un hecho desprovisto en sí mismo de carácter agravante, pero demostrativo de alguno de los hechos articulados en la demanda; b) Cuando son una *reiteración de los hechos mencionados* en la demanda, o sea, un nuevo agravio que podría comprometer el éxito de la demanda, convertido en una “con-causa” de la acción; y c) El hecho nuevo como *causa sobreviniente*, que es el caso de un hecho de la misma naturaleza de los invocados en la demanda, pero constitutivo, por sí solo, de la causal invocada. Si la demanda fuera rechazada en primera instancia por falta de prueba o falta de idoneidad de los hechos acreditados, la acción se podría salvar por efecto de la causa sobreviniente⁽⁵⁾.

Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesarios de prueba quedan acreditados.

En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas, la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia.

El segundo párrafo del artículo 21 de la NLPT está íntimamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 46 de la misma ley, ya que en dicha norma, se recoge el trámite de la actuación probatoria, en el siguiente orden:

1. El juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.
2. El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesarios de actuación probatoria.

(4) ESCRIBANO, Carlos, y Eisner Isidoro. *Demanda, Reconvención y Hechos Nuevos en Juicio de Divorcio*. Ghersi Editor, 2ª edición, Buenos Aires, 1979, p. 123

(5) ESCRIBANO, Carlos. Ob. cit., p. 123.

3. Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa.
4. El juez toma juramento conjunto a todos los que vayan a participar en esta etapa.
5. Se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, **en el orden siguiente; declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos**. Si agotada la actuación de estos medios probatorios fuese imprescindible la inspección judicial, el juez suspende la audiencia y señala día, hora y lugar para su realización citando, en el momento, a las partes, testigos o peritos que corresponda. La inspección judicial puede ser grabada en audio y vídeo o recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas, al concluirse, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes para los alegatos y sentencia. (subrayado agregado)
6. La actuación probatoria debe concluir en el día programado, sin embargo, si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

III. PRUEBA DE OFICIO (ARTÍCULO 22 NPT)

Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnabile. Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.

Dicha norma permite al Juzgador superar la deficiente actividad probatoria de las partes, como una manifestación concreta de la facultad genérica de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, siendo inimpugnabile esta decisión. Pero nos preguntamos si existen límites a la iniciativa del juez en materia probatoria, dándonos respuesta PICÓ I JUNOY y CARRIÓN LUGO, manifiestan que sí existen límites perfectamente identificables derivados de los antecedentes doctrinales y legislativos: i) las pruebas de oficio deben derivar de la fuente de prueba aportada por las partes; ii) las pruebas de oficio deben estar relacionadas con los hechos controvertidos que surgen de las posiciones de las partes; iii) las pruebas de oficio deben estar sometidos al contradictorio; y, iv) las pruebas de oficio son subsidiarias y no sirven para sustituir a las partes, coincidiendo con estas definiciones

el Profesor Martel Chang⁽⁶⁾. En su momento, el maestro Alsina, comentando la legislación argentina, precisó algunos de los siguientes límites a la facultad del juez, coincidentes en parte con lo anterior, en cuanto a las “medidas para mejor proveer”: 1) solo es procedente respecto de hechos controvertidos; 2) no es procedente respecto de hechos no invocados por las partes en apoyo de sus pretensiones, salvo que se trate de hechos impeditivos o extintivos que la ley lo autorice a estimar de oficio; 3) dado que a las partes corresponde la carga de la prueba, no solo en cuanto a su ofrecimiento sino también a su producción, el juez no puede ordenar la actuación de medios probatorios que no deriven de las fuentes proporcionadas por dichas partes; 4) por el principio de la igualdad, el juez debe evitar suplir la omisión de las partes; 5) las restricciones a los medios probatorios de oficio no rigen respecto de cuestiones que afecten el orden público o cuando el juez advierta que existe un propósito doloso o colusivo⁽⁷⁾.

En nuestra realidad, se ha hecho práctica habitual:

1. Que las partes (demandante como el demandado) incorporen al proceso medios probatorios en cualquier momento, con el cliché “para mejor resolver deberá actuar las siguientes pruebas de oficio”, y que los mismos sean admitidos y actuados de oficio por el Juzgador, sin sustentarse en una real insuficiencia de los medios probatorios existentes en los actuados, hecho que contraviene el contradictorio de los mismos.
2. La iniciativa del juez, ordenando que se actúen medios probatorios que las partes no habían ofrecido, medios probatorios que luego resultan determinantes en el sentido de la decisión final, suele generar la insatisfacción de la parte perdedora que acusa a dicho juzgador de haberse parcializado para favorecer a la parte vencedora; agregando, inclusive, que se está contraviniendo al principio de la igualdad de las partes en el proceso.

IV. CARGA DE LA PRUEBA (ARTÍCULO 23 NLPT)

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

(6) MARTEL CHANG, Rolando, “Pruebas de oficio en el proceso civil - Poder con límites” publicado en *Actualidad Jurídica*. Tomo 140, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2005, pp. 64 a 66.

(7) ALSINA, Hugo. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Volumen 4, Editorial jurídica Universitaria. Edición México, 2003, pp. 413-414.

- a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.
- b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.
- c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

- a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.
- b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.
- c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

El viejo aforismo latino *quod non est in proceso non est in mundo*, (Lo que no está en el expediente o en el proceso, no está en este mundo) aunque pueda parecer hiperbólico a primera vista, no lo es en absoluto para quienes a diario se enfrentan con la necesidad de probar aquello que previamente han alegado.

La carga de la prueba, es la obligación que tienen las partes, de proporcionar al proceso los elementos necesarios que permitan al juez adquirir una convicción, basado en la cual declare el derecho controvertido⁽⁸⁾. El artículo 23.2 de la NLPT obliga al trabajador, acreditar la prestación personal de servicios, para que se presuma la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario; a su turno el artículo 23.3, establece, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal. b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido. c) La existencia del daño alegado. Sobre estos aspectos PASCO LIZARRAGA expone: “(...) si un demandante alegaba que un beneficio le correspondía por convenio colectivo, o pacto individual, o acto unilateral del empleador, sobre la base de una sentencia judicial o acto administrativo, o por aplicación o extensión a su persona de

(8) AREVALO VELA, Juan. *Derecho procesal del Trabajo - Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 113.

una costumbre laboral –fuentes todas ellas distintas del derecho positivo estatal que menciona el literal a) de la nueva norma– pues entonces tenía que producir en el proceso la prueba necesaria para acreditar la existencia de dicha fuente. (...) En segundo lugar es claro que la nulidad del despido –habiéndose precisado que se trata de su causa, vale decir, como expresa la norma, el motivo de nulidad alegado– y los casos de hostilidad continúan estando a cargo del trabajador demandante. Fluye también sin mayor complicación que, nuevamente se trata de derivaciones, simples plasmaciones de la regla general: es siempre el trabajador quien alega que el motivo de su despido fue alguna de las actuaciones descritas en el artículo 29 de la LPCL, y también el trabajador que alega los hechos que pueden configurar hostilidad conforme al artículo 30 de esta. (...) En efecto establece el literal c) del artículo 23.3. que corresponde al trabajador demostrar la existencia del daño, a pesar de que el trabajador no es el único que puede alegar daño conforme al literal b) del inciso 1 del artículo 2 de la LPT, son de competencia de los Juzgados Especializados de Trabajo las pretensiones sobre “La responsabilidad por daño patrimonial o extramatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o se prestó el servicio”⁽⁹⁾.

La NLPT en el numeral 23.4. del artículo 23, ha establecido que incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad. b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado. c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido. En el derecho procesal es regla general, que quien alega un hecho debe probarlo, sin embargo existe la figura de la inversión de la carga de la prueba, por la que se traslada la obligación de probar de quien alega un hecho a quien niega su existencia. El fundamento de esta regla radica, en el hecho que al ser considerado el trabajador como la parte débil de la relación laboral, le es más difícil acceder a los medios de prueba necesarios para lograr el reconocimiento de sus derechos, siendo que el empleador en su condición de parte dominante de la relación, tiene más facilidad para acceder a los referidos medios de prueba⁽¹⁰⁾.

V. FORMA DE LOS INTERROGATORIOS (ARTÍCULO 24 NLPT)

El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida. Para su actuación no se requiere de la presentación de pliegos de preguntas. No se permite leer las respuestas, pero sí consultar documentos de apoyo. Los abogados de las partes también pueden preguntar o solicitar aclaraciones, bajo las mismas reglas de apertura y libertad. El juez guía

(9) PASCO LIZARRAGA, Mario, “La Carga de la Prueba y Las Presunciones en la Nueva Ley procesal del Trabajo”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 194, enero 2010, p. 18.

(10) AREVALO VELA, Juan. Ob. cit., p. 113.

la actuación probatoria con vista a los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal Impide que esta *se desnaturalice* sancionando las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad.

El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida, las preguntas deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa; las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable.

Debido a que en el nuevo proceso prima el principio de oralidad, para la actuación del interrogatorio, no se requiere de la presentación de pliegos de preguntas, pero debe tenerse presente, que en aplicación del artículo 217 del Código procesal Civil, no se podrán formular más de veinte preguntas por cada pretensión. No se permite leer las respuestas, pero sí consultar documentos de apoyo. Los abogados de las partes también pueden preguntar o solicitar aclaraciones, bajo las mismas reglas de apertura y libertad, ello a través del juez, ya que este actúa en el proceso como director, o moderador a fin de que las preguntas sean claras, precisas y pertinentes. El juez guía la actuación probatoria con vista a los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal Impide que esta se desnaturalice sancionando las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber, de persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado.

VI. DECLARACIÓN DE PARTE (ARTÍCULO 25 NLPT)

La parte debe declarar personalmente. Las personas jurídicas prestan su declaración a través de cualquiera de sus representantes, quienes tienen el deber de acudir informados sobre los hechos que motivan el proceso.

Este medio probatorio consiste en la declaración verbal que hace el demandante o demandado ante el juez, en virtud de que las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Al respecto ELÍAS MONTERO señala: “Es la manifestación prestada por una de las personas que interviene en el proceso con respecto a los hechos en litigio. Ella puede ser espontánea (como es el caso de la demanda que constituye una declaración de reconocimiento de los hechos expresados en la misma, como también se podría dar en cualquier escrito presentado por alguna de las partes) o provocada a través de una solicitud de absolución de posiciones, en cuyo caso se da bajo determinadas formalidades⁽¹¹⁾.”

(11) ELÍAS MONTERO, Fernando. *Aportes Para La Reforma del Proceso Laboral Peruano - Algunas Consideraciones Sobre la Prueba y la Actividad Probatoria en el Proceso Laboral*. Editorial Ali Arte Gráfico Publicaciones S.R.L., Lima, 2005, p. 113.

La declaración de parte se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo a las preguntas que se efectúen en ese momento, concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes. Es ofrecido por las partes con la demanda (Artículo 16 NLPT) o con la contestación (Artículo 19 NLPT), sin incluir ningún pliego interrogatorio.

Debe tenerse presente las consideraciones recogidas en el Código Procesal Civil, para ser aplicadas en forma supletoria: a) La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado. b) La parte debe declarar personalmente, excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad. c) Al valorar la declaración el Juez puede dividirla si: comprende hechos diversos, independientes entre sí; o se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado. d) La declaración de parte es irrevocable. La rectificación del absolvente será apreciada por el Juez. e) El interrogatorio es realizado por el Juez. Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable, las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente. f) Ningún pliego interrogatorio tendrá más de veinte preguntas por cada pretensión. g) Las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado. El interrogado no puede usar ningún apunte o borrador de sus respuestas, pero se le permitirá consultar sus libros o documentos. h) Cuando se trate de parte que domicilie en el extranjero o fuera de la competencia territorial del Juzgado, el interrogatorio debe efectuarse por medio de exhorto. i) Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto. Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. j) Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa⁽¹²⁾.

VII. DECLARACIÓN DE TESTIGOS (ARTÍCULO 26 NLPT)

Los testigos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que les corresponda.

(12) Artículos 214 al 221 del Código Procesal Civil.

Se conceptúa como “La declaración que ante el Juez efectúa una persona que no es parte en un proceso sobre hechos que ha presenciado o tiene conocimiento, los mismos que resultan de interés para el esclarecimiento de la litis. La declaración del testigo se limita a hechos y no a conceptos u opiniones”⁽¹³⁾.

El Tribunal Constitucional precisó “Dicho de otro modo, el valor de un medio probatorio, en el caso de que este fuera considerado elemento probatorio, deberá ser confirmado con otros de igual naturaleza, y mencionado expresamente en la sentencia a expedirse. Por lo tanto, el juzgador *podría* atribuir *valor probatorio* a la declaración testimonial ofrecida y, en el caso de otorgárselo, mencionar qué pruebas o medios de prueba la confirman”⁽¹⁴⁾.

Para la actuación de la declaración testimonial debe tenerse presente las siguientes reglas establecidas en los artículos 222 al 231 del Código Procesal Civil:

a) Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley. B) El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente. El desconocimiento de la ocupación será expresado por el proponente, quedando a criterio del Juez eximir este requisito. Asimismo se debe especificar el hecho controvertido respecto del cual debe declarar el propuesto. C) La declaración de los testigos se realizará individual y separadamente. Previa identificación y lectura de los Artículos 371 y 409 del Código Penal, el Juez preguntará al testigo: 1. Su nombre, edad, ocupación y domicilio; 2. Si es pariente, cónyuge o concubino de alguna de las partes, o tiene amistad o enemistad con ellas, o interés en el resultado del proceso; y 3. Si tiene vínculo laboral o es acreedor o deudor de alguna de las partes. Si el testigo es propuesto por ambas partes, se le interrogará empezando por las preguntas del demandante. D) El testigo será interrogado solo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente. E) Los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis. f) La parte que pida la declaración del testigo puede hacerle repreguntas, por sí o por su Abogado. La otra parte puede hacer al testigo contrapreguntas, por sí o por su Abogado. G) Las preguntas del interrogatorio que sean lesivas al honor y buena reputación del testigo, serán declaradas improcedentes por el Juez. La misma disposición es aplicable a las repreguntas y contrapreguntas. H) Se prohíbe que declare como testigo: 1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 222; 2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del Juez afecte su idoneidad; 3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de familia o que lo proponga la parte contraria; 4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y,

(13) AREVALO VELA, Javier. Ob. cit., p. 125

(14) STC Exp. 2101-2005-HC/TC, Caso LUIS ZEVALLOS CHÁVEZ Y OTROS, Fundamento 4.

5. El Juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen. I) Son aplicables a la declaración de testigos, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones relativas a la declaración de parte. J) Los gastos que ocasione la comparecencia del testigo son de cargo de la parte que lo propone.

El secretario del juzgado expide al testigo una constancia de asistencia a fin de acreditar el cumplimiento de su deber ciudadano. Tratándose de un trabajador, dicha constancia sirve para sustentar ante su empleador la inasistencia y el pago de la remuneración por el tiempo de ausencia.

La nueva Ley Procesal del Trabajo en el segundo párrafo del artículo en comentario, establece implícitamente que el testigo esta obligado a declarar, ya que ello constituye un deber ciudadano. Entonces nos preguntamos ¿qué sucede si el testigo sin justificación no comparece a prestar su declaración testimonial?, respondiendo esta pregunta el artículo 232 del CPC señala: “El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal⁽¹⁵⁾, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, solo si lo considera necesario”.

En el caso de concurrir, el testigo habrá cumplido con su obligación ciudadana, por lo que el Secretario del Juzgado esta en la obligación de expedirle la respectiva constancia, por otra parte el empleador del trabajador testigo, esta en la obligación de darle las facilidades del caso para que asista a dicha diligencia, así como pagarle su remuneración completa por el día de inasistencia (en caso la diligencia se haya extendido durante todo el horario de trabajo) o en su defecto la proporcional por el tiempo que duró su ausencia.

VIII. EXHIBICIÓN DE PLANILLAS (ARTÍCULO 27 NLPT)

La exhibición de las planillas manuales se tiene por cumplida con la presentación de las copias legalizadas correspondientes a los periodos necesitados de prueba.

La exhibición de las planillas electrónicas es ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de brindar tal información. Es improcedente la tacha de la información de las planillas electrónicas remitida por dicho funcionario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o funcional que las partes puedan hacer valer en la vía correspondiente.

(15) RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 093-2010-CE-PJ.- La Unidad de Referencia Procesal para el Año Judicial 2010 asciende a la suma de 360 nuevos soles.

Las partes pueden presentar copias certificadas expedidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de la información contenida en las planillas electrónicas, en lugar de la exhibición electrónica.

La exhibición es el mecanismo procesal mediante el cual, el Juez a pedido de parte o de oficio, incorpora al proceso los libros, hojas sueltas o soportes magnéticos, en que constan los datos del trabajador y que obran en poder del empleador, o de un tercero (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) los que resultan necesarios para la solución de la controversia.

La planilla de pago es un medio probatorio que valorado conjuntamente con las boletas de pago permite determinar el cumplimiento de las obligaciones laborales; en dicho documento deben consignarse los datos remunerativos y de tiempo de servicios del trabajador, así como el goce de vacaciones, el abono de las gratificaciones y demás derechos económicos, la jornada laboral y las horas extraordinarias laboradas, además de los derechos que deriven de obligaciones extralegales. El D. S. N° 001-98-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2010-TR establece que los empleadores cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada y las cooperativas de trabajadores, con relación a sus trabajadores y socios trabajadores, están obligados a llevar Planillas de Pago. Las planillas podrán ser llevadas, a elección del empleador, en libros, hojas sueltas o microformas, de elegirse el uso de microformas, será de aplicación el Decreto Legislativo N° 681, sus modificatorias, normas complementarias y reglamentarias. Los empleadores deberán registrar a sus trabajadores en las planillas, dentro de las setentidós (72) horas de ingresados a prestar sus servicios, independientemente de que se trate de un contrato por tiempo indeterminado sujeto a modalidad o a tiempo parcial.

La norma en comentario estipula 2 tipos de exhibición:

- 1. Exhibición de Planillas Manuales por parte del empleador.-** Para que se tenga por exhibida las planillas manuales estas deberán ser presentadas en copias legalizadas correspondientes a los periodos necesitados de prueba. El libro de planillas o las hojas sueltas correspondientes, deberán haber sido previamente autorizadas para su utilización por la Autoridad Administrativa de Trabajo del lugar donde se encuentre ubicado el centro de trabajo. (ver trámite⁽¹⁶⁾)

(16) D. S. N° 001-98-TR Artículo 8: "Recibida la solicitud en la forma indicada en el artículo anterior, la Autoridad Administrativa de Trabajo procederá a sellar la primera hoja del libro de planilla de pago o de las hojas sueltas, indicando en ella el nombre o razón social del empleador, número de RUC, dirección del centro de trabajo, tipo de planilla, número de registro de autorización, número de folios autorizados y fecha de la autorización. En el caso de segundo libro o posteriores se indicará el número de libro, de tratarse de hojas sueltas la numeración correlativa correspondiente. Si el empleador opta por llevar sus planillas en hojas sueltas, la Autoridad Administrativa de Trabajo sellará cada una de ellas, pudiendo utilizar cualquier otro medio técnico que considere conveniente".

2. **Exhibición de las planillas electrónicas ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de brindar tal información.-** Este tipo de exhibición, es ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de brindar tal información. Con dicho fin, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementará un sistema de remisión electrónica de información de las planillas electrónicas, cuyo trámite es el siguiente: a) el requerimiento es enviado por el Juzgado al correo electrónico habilitado para tal fin por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. b) El funcionario responsable da respuesta, también por correo electrónico, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, dicha respuesta debe contener la información solicitada presentada en cuadros tabulados, agregándose las explicaciones que fuesen necesarias. Es importante tener presente que la información de las planillas electrónicas remitida por dicho funcionario, no son susceptibles de ser tachadas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o funcional que las partes puedan hacer valer en la vía correspondiente. Las partes pueden presentar copias certificadas expedidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de la información contenida en las planillas electrónicas, en lugar de la exhibición electrónica.

El código Procesal Civil en su artículo 261 establece que el incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, será apreciado por el Juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal. Si el que incumple es un tercero, se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el Juez. En ambos casos, la multa se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

IX. PERICIA (ARTÍCULO 28 NLPT)

Los peritos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que corresponda efectuar su exposición. Los informes contables practicados por los peritos adscritos a los juzgados de trabajo y juzgados de paz letrados tienen la finalidad de facilitar al órgano jurisdiccional la información necesaria para calcular, en la sentencia, los montos de los derechos que ampara, por lo que esta pericia no se ofrece ni se actúa como medio probatorio.

La prueba pericial es la que surge del dictamen de los peritos, que son personas llamadas a informar ante el juez o tribunal, por razón de sus conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga. Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados

por el Juez en el número que considere necesario, para este efecto, el Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial, formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos antes señalados.

La pericia en materia laboral es esencialmente contable y es practicada por peritos e inspectores judiciales dependientes de los Juzgados de Trabajo. Su finalidad es presentar al órgano jurisdiccional la información obtenida de los libros y documentación contable que sirvan para calcular los montos de los beneficios en litigio. Si se requiere de otros conocimientos de naturaleza científica, tecnológica, artística o análoga, puede actuarse la prueba pericial correspondiente, solicitando la intervención de entidades oficiales o designando a peritos en la forma prevista por la ley, como es el caso de los procesos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en que la pericia médica es fundamental para determinar la naturaleza de la afección en la salud del trabajador y el grado de incapacidad que afecta a este.

El artículo en comentario señala que, los peritos al igual que los testigos no presencian el desarrollo de la audiencia, y solo ingresan a ella en el momento que corresponda efectuar su exposición, ello con el objeto de que sus informes emitidos sean lo mas imparcialmente posible, así como, para no ser influenciados o contaminados, por las declaraciones de las partes y los testigos.

Por otra parte establece que los informes contables practicados por los peritos adscritos a los juzgados de trabajo y juzgados de paz letrados, no se ofrece ni se actúa como medio probatorio, teniendo la finalidad de facilitar al órgano jurisdiccional la información necesaria para calcular, en la sentencia, los montos de los derechos que ampara.

X. PRESUNCIONES LEGALES DERIVADAS DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES (ARTÍCULO 29 NLPT)

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.

Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente.

La presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. Existen dos tipos de presunciones: La legal (absoluta y relativa) y la judicial.

- a) Presunción legal absoluta y la relativa.- Es absoluta cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario, el beneficiario de tal presunción solo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base. La presunción legal relativa se da cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción, empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso. En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.
- b) Presunción judicial.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

Comentando el artículo en referencia PASCO LIZARRAGA, nos dice que a pesar del sumillado del artículo –“presunciones legales derivadas de la conducta de las partes”– su formulación pareciera mas bien referirse a presunciones judiciales, en tanto que se dota al Juez de la capacidad de inferir aspectos de fondo, pero no sobre la base de una previsión legal, sino de hechos producidos en el proceso, como son los relativos a la falta de los deberes de colaboración por una de las partes. (...) El enunciado abierto opera de modo correcto, aunado al artículo 19 –que obliga al demandado a negar cada afirmación del demandante, para que no se entienda admitida– y a la carga que le impone el artículo 23.4. para castigar al empleador que no tenga registros al día, sea por malicia o por dejadez⁽¹⁷⁾.

XI. A MANERA DE CONCLUSION

1. La verdadera reforma del proceso laboral debe partir por un cambio de actitud, de mentalidad y porque no decirlo, de idiosincrasia y cultura organizacional de todos los que de alguna u otra forma intervenimos en las relaciones de trabajo.

(17) PASCO LIZARRAGA, Mario. Ob. cit., p. 21

2. No solo se trata de mejorar el sistema de justicia en el aspecto legal, sino se hace imperiosa la necesidad de crear más Juzgados de Trabajo y Juzgados de Paz Letrados, con el objeto de evitar la sobrecarga existente en los juzgados actuales.
3. Es importante señalar, que los derechos laborales tienen el carácter alimentario, por lo que cualquier reclamo sobre los mismos requiere una solución oportuna, es decir, casi inmediata, respetando y privilegiando el debido proceso laboral.

LA ACTIVIDAD PROBATORIA: Eje del nuevo proceso laboral

Magaly Alarcón Salas^()*

*Eric Castro Posadas^(**)*

“Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”

Lucio Seneca

Nos encontramos ante un proceso judicial cuando alguna de las partes de una relación con relevancia jurídica opta por llevar a su contraparte ante los tribunales para que estos, como representantes de la función jurisdiccional del Estado, ya sea en forma unipersonal o colegiada, administren justicia y solucionen en forma definitiva el conflicto existente entre las partes.

Resulta evidente que para poder solucionar el conflicto, resulta necesaria la participación activa de las partes involucradas, quienes tienen cargas, obligaciones y deberes que deberán cumplir en el desarrollo del proceso. Así, las partes en litigio deben procurar que el juez tenga –principalmente– la posibilidad de conocer con certeza los hechos que motivan el conflicto, pues solo luego de ello podrá concluir si el reclamo presentado resulta amparable o no de acuerdo con el derecho invocado⁽¹⁾.

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 2002. Asociada del Estudio Miranda & Amado Abogados.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 2005. Asociado del Estudio Miranda & Amado Abogados.

(1) Sobre el particular, PAREDES PALACIOS indica que “toda norma jurídica tiene un hipótesis, un mandato y sanción (...). La hipótesis (...) es la descripción normativa (previa y genérica) de un hecho. El mandato o precepto es la orden o regla de conducta. La sanción es la consecuencia jurídica desencadenada ante

A nuestro entender, es justamente en esta reconstrucción de hechos que la Nueva Ley Procesal de Trabajo (en adelante, NLPT) ha presentado una importante innovación, respecto de la Ley N° 26636.

Pese a la intención de los impulsores de la Ley N° 26636, lo cierto es que el proceso que finalmente impuso dicha norma dificulta –de sobremanera– el real conocimiento de los hechos que motivaban el conflicto; y, consecuentemente impide la adecuada administración de justicia, pues las partes en litigio, especialmente la parte demanda, quebrantando su obligación de coadyuvar con la obtención de justicia, suele proporcionar información sobre los hechos “a cuenta gotas” y sin preocuparse por la etapa en la que el proceso se encuentra. Esta situación es potenciada, en algunos casos, por el rol pasivo de los jueces, que antes de sancionar tal conducta dilatoria, la fomentan permitiendo la incorporación de medios de prueba que no cumplen con los requisitos para ser considerados como extemporáneos, o más grave aún, haciendo uso de su facultad de ordenar pruebas de oficio, incorporaban los medios de prueba tardíamente presentados por las partes sin siquiera haber analizado previamente los ya admitidos ni haber concluido que estos resultaban insuficientes para la expedición de su sentencia.

Todo lo anterior, ha generado un voluminoso manojito de documentos que conforman el expediente y, que el proceso laboral que proponía la Ley N° 26636, que en teoría debía tener una duración aproximada de 48 días hábiles solo en primera instancia, finalmente se convirtiera en uno con que tenga una duración aproximada de cuatro años.

Así, a nuestro entender, el proceso laboral de la Ley N° 26636, puede ser calificado casi como “injusticia”⁽²⁾, pues es evidente que en un proceso cuya duración aproximada es de cuatro años la inseguridad jurídica es la gran vencedora. Situación que además resta poder coercitivo a las normas de cumplimiento imperativo que recaen en la parte empleadora de la relación laboral y que buscan reducir la desprotección de la parte débil, esto es, los trabajadores –o, de acuerdo a los términos de la NLPT, los prestadores de servicios–; ya que en términos prácticos ordenar la ejecución de una obligación luego de haber transcurrido cuatro años desde su incumplimiento, no puede ser considerado propiamente como sanción.

la inobservancia del mandato de la norma”. PAREDES PALACIOS, Paul. *Prueba y presunciones en el derecho procesal laboral*. Ara Editores. Lima, 1997, pp. 132-133.

(2) En esa línea FERRER señala que la referencia de justicia lenta no es justicia “quiere señalar, entre otras cosas, que es un interés jurídico primordial que la solución para las controversias se produzca en un plazo de tiempo razonablemente cortos, de modo que se resuelva el conflicto social o personal subyacente y que no se alargue a inseguridad jurídica. Además, si se tiene en cuenta la función de motivación de la conducta (...) se podrá decir también que cuanto más se dilate la aplicación jurídica de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para el caso en que se realice o se omita la conducta condicionante, menos será la motivación que la norma en cuestión será capaz de producir”. FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2007. p.37.

Ante tal situación de desprotección e inseguridad, es que la NLPT propone un nuevo procedimiento para la actuación de los medios de prueba, que tiene como primordial objetivo, adquirir certeza –en un corto plazo– respecto a los hechos sobre los cuales, los jueces deberán aplicar una determinada consecuencia jurídica.

Es importante destacar, que la etapa de actuación probatoria que propone la NLPT resulta ser sin duda alguna la mejor oportunidad para la aplicación de los principios rectores del nuevo proceso laboral⁽³⁾, por cuanto presenta actos concentrados, promueve la celeridad y necesita indispensablemente del rol activo del juez, quien deberá tomar conocimiento de los argumentos de las partes en forma inmediata y directa, debiendo privilegiar el fondo sobre las formas. Todo ello dota a esta etapa de cierto informalismo que, si bien otorga rapidez en el desarrollo del proceso, no exime a las partes del cumplimiento oportuno de sus cargas probatorias, obligaciones y deberes. Por ello, la actuación probatoria se convierte en uno de los ejes decisivos del desarrollo del proceso.

A continuación comentaremos algunos de los aspectos que, a nuestro entender, resultan relevantes en el desarrollo de la actividad probatoria propuesto por la NLPT.

I. OPORTUNIDAD EN EL OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

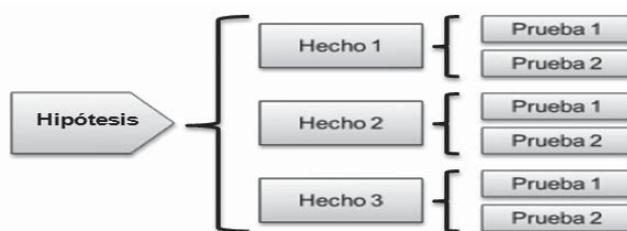
Como se esbozó anteriormente, para la adecuada resolución de un conflicto jurídico, el administrador de justicia necesita tener certeza sobre los hechos para poder definir si el reclamo formulado resulta amparable o no por el derecho⁽⁴⁾.

Así, tenemos que planteada la hipótesis por la cual el reclamo debe ser amparado, se deberán indicar los hechos que le dan sustento⁽⁵⁾; y, luego, plantear los medios de prueba que permitan acreditar estos hechos.

(3) Al respecto, revisar el artículo I del Título Preliminar de la NLPT.

(4) Ob. cit., p. 30.

(5) DEVIS ECHANCÍA señala que por “Hecho” se puede entender: (i) todo lo que puede calificarse de conducta humana, sucesos, acontecimientos, los hechos y los actos humanos, involuntario o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias en tiempo, lugar y modo; (ii) todos los hechos de la naturaleza; (iii) las cosas o los objetos materiales y los lugares, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre o si sobre ellos haya incidido o no la actividad humana; (iv) la propia persona humana, en cuanto a su existencia, condiciones físicas, mentales, aptitudes y cualidades; y, (v) los estados psíquicos o internos del hombre, pues aunque no tengan materialidad en sí mismos, sí tienen entidad propia, y como el derecho objetivo los contempla a veces en tanto que presupuestos de consecuencias jurídicas, han de poder ser objeto de prueba. DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial*. I, Quinta Edición. Bogotá, 2002, p. 150 y ss.



La actividad probatoria se vincula directamente con el ejercicio efectivo del derecho a probar, el cual se deriva del derecho constitucionalmente reconocido de tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de derecho de defensa.

El derecho a probar cuenta con reglas que buscan su adecuado ejercicio⁽⁶⁾. Efectivamente, tanto para la presentación del reclamo, los hechos de sustento, así como para la presentación de pruebas, existe una oportunidad limitada por ley, la cual bajo ningún supuesto puede ser considerada como violatoria al derecho mismo. Es bajo tal supuesto de legalidad que la NLPT establece momentos específicos para el ejercicio del derecho a ofrecer medios probatorios .

De manera preliminar es preciso tener en cuenta que la NLPT establece qué medios de prueba serán admitidos en el proceso, lo cual resulta relevante para que las partes sepan con precisión qué medios de prueba son los que deberán ofrecer pues algunos de ellos pueden resultar innecesarios o impertinentes, si es que tienen como objetivo dotar de sustento a hechos que para la NLPT no necesitan ser materia de prueba. Este es el caso de los hechos no controvertidos, como es el caso por ejemplo de los hechos afirmados por ambas partes o hechos afirmados por una y no negados por la otra⁽⁷⁾, los hechos notorios o de pública evidencia⁽⁸⁾, los hechos

(6) Al respecto, existe consenso doctrinario en reconocer cuatro aspectos fundamentales del derecho a probar: (i) derecho a ofrecer medios de prueba; (ii) derecho a que se admitan los medios de prueba ofrecidos; (iii) derecho a que se actúen los medios de prueba admitidos; y, (iv) derecho a que se valoren las pruebas actuadas.

(7) En este caso llama especial atención la declaratoria de rebeldía, ya que en forma incorrecta podría interpretarse que la consecuencia de la misma es que el demandado no ha negado las afirmaciones del demandante, teniéndose estas por ciertas y debiendo ampararse la demanda, lo cual es errado, ya que el efecto de la rebeldía es considerar que todos los hechos alegados del demandante requieren de prueba, como indica MONTERO AROCA, la necesidad de prueba se extiende a todos ellos. MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Editorial Aranzadi S.A. Quinta Edición. Navarra. 2007, p. 88.

(8) Según CALAMANDREI, “son hechos notorios los que por pertenecer a la ciencia, a la vida diaria, a la historia o al comercio social, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media”. CALAMANDREI, P. “La definición del hecho notorio”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires. 1945. p. 186. cit por SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudio de Derecho Probatorio*. Librería Communitas. Lima. 2009. p. 75.

que se presumen por aplicación de la ley sin que exista posibilidad de prueba en contrario (presunción *iure et de iure*) y el derecho nacional.

De esta manera, el juzgador no se encontrará obligado a admitir todos los medios de prueba ofrecidos por las partes, sino únicamente aquellos que le permitan verificar la hipótesis planteada y que califiquen como controvertidos después de los “actos de alegación”⁽⁹⁾; y, por lo tanto que necesiten ser aclarados.

Es preciso tener en consideración además, que los medios de prueba que ofrezcan las partes pueden ser muy diversos⁽¹⁰⁾ pero todos ellos deben tener por principio rector el respeto de la legalidad y a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, ello incluso en su obtención, pues en caso la prueba ofrecida haya sido obtenida mediante simulación, dolo, intimidación, violencia, soborno o violando el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones o a la intimidad, por citar algunos ejemplos, carecerá de valor probatorio.

Respecto a la oportunidad para la presentación de los medios probatorios, la NLPT es bastante clara en indicar que las partes podrán presentar los medios de prueba que den sustento a sus alegaciones **solo** en dos momentos específicos: (i) la parte demandante cuando interpone su demanda; y, (ii) la parte demandada cuando presenta su contestación. De acuerdo a ello, los medios de prueba que omitieron presentar en la oportunidad correspondiente, no podrán ser incorporados al proceso posteriormente.

Solo de forma extraordinaria, y recogiendo la disposición expresa contenida en el artículo 429 del Código Procesal Civil, la NLPT permite que se presenten pruebas adicionales cuando estas se encuentren referidas a: (i) hechos nuevos ; o, (ii) cuando hubiesen sido conocidas u obtenidas con posterioridad a la presentación de tales escritos; situaciones que no basta con ser alegadas por la parte infractora del orden del proceso, sino que esta debe cumplir con demostrarlas fehacientemente, pues caso contrario, la prueba que se pretende incorporar al proceso deberá tenerse por no admitida. Además, los medios de prueba extemporáneos que cumplan con alguno de los dos requisitos antes indicados solo podrán ser ofrecidos hasta la fecha de la audiencia de juzgamiento.

Entendemos que lo anterior guarda relación con el interés de administrar justicia en un corto plazo, ello más aun cuando las controversias están relacionadas a

(9) MONTERO AROCA con precisión señala que “la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hechos de las partes, confiándose a estas la determinación de los elementos (fuentes y medios de prueba) que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. (...)”. Ob. cit. p.59.

(10) En términos generales, los medios de prueba pueden calificarse como típicos y atípicos. Se consideran típicos: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, la pericia y la inspección judicial. Y como atípicos a cualquier otro auxilio técnico o científico que sea distinto a los típicos.

distintos aspectos de la relación laboral⁽¹¹⁾ y al carácter alimentario de los conceptos cuyo pago obligatorio deriva de ella.

Sin embargo, es evidente la intención de dotar de orden al proceso y evitar la realización de alegaciones y la consecuente presentación de medios de prueba sin orden alguno, o, lo que es lo mismo, en las distintas etapas del proceso; situación que, como indicáramos previamente, lamentablemente ha sido una de las características más emblemáticas del proceso laboral regido bajo la Ley N° 26636; potenciando así la NLPT la preclusión de la actividad probatoria, pues aquellos medios de prueba que no se ofrezcan en forma oportuna o no cumplan con los requisitos para su admisión extemporánea no podrán ser empleados para dotar de sustento a la sentencia que resuelva el conflicto.

Es evidente entonces que la reconstrucción de hechos que facilitará la aplicación del derecho y que propugna la NLPT tiene como característica principal la preclusión de la etapa probatoria, lo cual exige que las partes intervinientes actúen con diligencia y en función a ello formulen sus alegaciones y, fundamentalmente, ofrezcan sus medios de prueba en sustento de las mismas en el momento oportuno (demanda o contestación), pues luego solo podrán ser consideradas para la resolución del conflicto si cumplen con los requisitos para ser categorizadas como pruebas extemporáneas, situación que reiteramos la NLPT establece como extraordinaria⁽¹²⁾.

La posibilidad de conocer los hechos en discusión –y la veracidad de las alegaciones derivadas de ellos– en actos concentrados y en los que el juzgador participe activamente tomando contacto con ellos en forma directa, permite no solo que este se forme criterio de certeza sobre si corresponde o no amparar el reclamo, sino que además admite que el nuevo sistema del proceso laboral cumpla con su objetivo de administrar justicia en corto plazo.

Pero además, bajo este nuevo escenario, las partes deben preocuparse por acreditar los hechos alegados de tal forma que no quede duda sobre su veracidad, pues para hacerlo solo cuentan con una oportunidad. Esta situación implicará, necesariamente, que las partes tengan un rol activo en la obtención de sus pruebas, y siendo que además el tiempo es breve, deberán concentrar sus esfuerzos para que la obtención de sus medios de prueba sea eficiente.

II. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ORDENAR PRUEBAS DE OFICIO

Es importante destacar que si bien la NLPT se presenta severa respecto a la oportunidad del ofrecimiento de medios de prueba, no ha cerrado la posibilidad de

(11) Dentro de la referencia a conflictos de índole laboral deben considerarse todos aquellos referidos al ámbito de aplicación de la NLPT. Al respecto, revisar el artículo II del Título Preliminar de la NLPT.

(12) La Real Academia de la Lengua Española define extraordinario como la cualidad de ser fuera del orden o regla natural o común.

que los jueces soliciten la realización de pruebas adicionales a las ofrecidas por las partes.

Sobre el particular es preciso señalar que, si bien el juez cuenta con la facultad de ordenar medios probatorios de oficio, bajo ningún supuesto podría suplir a las partes en su obligación probatoria, pues al ser la neutralidad un principio orientador de su labor de administrador de justicia, no puede asumir la posición de defensa de alguna de las partes; y, por ello no podría solicitar la realización de pruebas que debieron y, principalmente, tuvieron que ser ofrecidas oportunamente.

Así, tal disposición de la NLPT deberá orientarse dentro de las facultades de un juez liberal y garantista del proceso, ello más aun cuando expresamente se indica que el juzgador podrá ejercer esta facultad mas no debe, en términos de obligatoriedad, ejercerla, pues justamente debería evitar prejuzgar la causa y asumir la defensa de una de las partes, al grado de suplir o redefinir la estrategia del abogado defensor de alguna de la parte⁽¹³⁾. En ese sentido, y como regla general, deberá primar la obligación de las partes de probar cada uno de los hechos que sustentan su hipótesis, por lo que también les corresponde asumir las consecuencias de su incumplimiento o falta de probanza.

Esta situación queda reforzada por lo establecido en la NLPT, la cual establece que la falta de ejecución por parte del juez de la facultad de ordenar prueba de oficio no acarrea la nulidad de su fallo, pues se entiende que al momento de resolver la controversia el juez consideró que las pruebas presentadas por las partes eran suficientes para formarse un criterio sobre el fondo de la controversia.

Sobre este último punto, llama nuestra atención la redacción del segundo párrafo del artículo 22 de la NLPT, pues por un lado podría interpretarse que la nulidad de la sentencia puede ser declarada hasta por la segunda instancia revisora mas no cuando el proceso se encuentra en casación (lo cual finalmente generaría los mismos efectos dilatorios de la Ley N° 26636)⁽¹⁴⁾; o, podría entenderse que en ningún caso podría declararse la nulidad de la sentencia por no haber el juzgador hecho uso de su especial facultad. Ello deberá ser precisado normativamente con motivo de los resultados de la implementación progresiva de la NLPT o definida por la judicatura en su actuar diario, pero cualquiera sea la vía de precisión esperamos

(13) La SAP Baleares de fecha 3 de mayo de 2005 (JUR 2005, 119239) a la letra señala “no sería razonable ni asequible (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quienes hubieran de ocuparse –con la correlativa responsabilidad– de comprobar la certeza de los hechos y sus afirmaciones, con una adecuación probatoria al efecto, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los Tribunales, por lo que solo en los supuestos de mero olvido al proponer, insuficiencia manifiesta ab initio y clarísimamente de pruebas que inequívocamente sean conducentes a un resultado concreto, podrían subsanarse la inactividad de la parte”. MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p.548.

(14) Posición que entendemos comparte el Doctor en Derecho, Fernando Elías Mantero. ELIAS MANTERO, Fernando. “Comentario Inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Actualidad Laboral*. N° 230. Lima. Enero 2010. p. 12.

siga el espíritu garantista del proceso que la NLPT manifiesta en distintos aspectos, como la ya descrita oportunidad para el ofrecimiento de medios probatorios.

III. DESARROLLO DE ETAPA DE ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La NLPT exige a los operadores del derecho que la actuación probatoria se realice en un acto concentrado y bajo la intervención directa del juez, con lo cual, todas las pruebas ofrecidas por las partes se deben actuar en un solo acto, esto es, en una audiencia o, en algunas adicionales, siempre que entre estas no exista un periodo prolongado de tiempo. Asimismo, al establecer la NLPT que dicho acto concentrado se realice con la intervención directa del juzgador, se busca que este tenga de “primera mano” todos los elementos necesario para poder formarse un criterio sobre la veracidad de los hechos alegados por las partes.

Esta nueva organización del proceso, y en concreto de la actividad probatoria, encuentra su correlato en los principios de celeridad, economía procesal e inmediatez, pues la NLPT propugna justamente una menor realización de actos para evitar los efectos perversos en la dilación innecesaria del proceso.

Ahora bien, la NLPT establece un orden expreso para la actuación de los medios de prueba ofrecidos por las partes, los cuales, como ya hemos mencionado, servirán para establecer certeza sobre los hechos controvertidos, a saber:



Siguiendo el orden establecido por la NLPT, procederemos a efectuar algunos breves comentarios sobre la actuación de estas pruebas.

1. Declaración de las partes

Cualquiera de las partes puede pedir que su contraparte declare en el proceso. Ahora, entendemos que si las partes son personas naturales (demandante o demandado), sus declaraciones deberán necesariamente ser realizadas en forma personal; es decir, que deben acudir personalmente al local del juzgado y responder las preguntas que libremente el juez y el abogado de su contraparte deseen formular, no pudiendo actuar a través de un tercero aun cuando este cuente con poder expreso para rendir declaraciones, siendo las únicas excepciones a ello los casos del menor de edad y del incapaz.

Así, la NLPT se aparta de lo establecido en el artículo 214 del CPC, en el cual sí se permite que la persona natural declare mediante apoderado si, a criterio

del juez, la declaración no pierde su finalidad; en forma contraria, la nueva normativa es expresa en establecer que ello no es posible en el nuevo proceso laboral, salvo claro está en los dos supuestos indicados.

Tal especial disposición guarda sentido con la búsqueda de la veracidad de forma inmediata y directa por parte del juzgador, pues, definitivamente, eliminado la intervención de terceros se puede llegar a obtener una apreciación más cierta sobre la real posición de la parte.

Cuando una de las partes es una persona jurídica (empresa empleadora), podrán declarar por ella las personas naturales que actúen como sus apoderados o representantes en el proceso, para lo cual será necesario que además cuenten con poder expreso para la realización de tal acto. Estos representantes tienen como obligación acudir debidamente informados sobre los hechos vinculados a la controversia, ello justamente porque se busca que la declaración que presten aporte reales elementos de juicio para la solución del problema, buscando evitar así que se proporcionen respuestas evasivas o inconcluyentes, conducta que además podrá ser sancionada por el juzgador con presunciones legales en contra de dicha parte y/o con sanciones económicas por quebrantar las reglas de conducta que se exigen para el adecuado desarrollo de las audiencias⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, resulta evidente que no se puede exigir que el representante declarante tenga exacto y detallado conocimiento sobre la totalidad de hechos o circunstancias que podrían ser materia de pregunta (lo cual sucede, por ejemplo, cuando se investigan hechos de significativa antigüedad o de periodos en los que el representante no tenía vínculo alguno con el empleador). Lo que se le exige a tal representante es que obre con probidad y responda según sus conocimientos, aportando toda la información que pueda servir para dar solución a la controversia⁽¹⁶⁾.

Ahora bien, respecto a la forma en que se desarrolla el interrogatorio, la NLPT otorga plena libertad tanto al juez como a las partes –a través de sus abogados– para la formulación de las preguntas que sean necesarias con el objetivo de dilucidar la controversia, y por lo tanto no exige la presentación de pliegos de preguntas, muy por el contrario la nueva normativa es enfática en señalar lo innecesario de los pliegos interrogatorios. De esta manera, se pretende dejar de lado el formalismo de la anterior normativa y los rituales del proceso heredados del Derecho Procesal Civil, apostando por un proceso en el cual el juez tenga un conocimiento cercano de los hechos, lo que le permitirá aplicar correctamente la normativa para resolver el reclamo que le ha sido planteado.

(15) Sobre las presunciones legales que resultan aplicables se puede revisar lo dispuesto en el artículo 29 de la NLPT; y, sobre las reglas de conducta en las audiencias corresponde revisar el artículo 11 de dicha norma.

(16) Al respecto se puede revisar MONTROYA MELGAR, ALFREDO y otros, Curso de Procedimiento Laboral. Editorial Tecnos. Sexta Edición. Madrid. 2001. p. 123 a 125.

En concordancia con los fundamentos de la nueva legislación, la libertad en que deben realizarse los interrogatorios apuesta por preferir el fondo sobre la forma y es claro ejemplo del rol protagónico del juez como director en el desarrollo del proceso, lo cual facilita además su proximidad con la causa a ser resuelta. El informalismo en la actuación de este medio de prueba busca que el juzgador pueda percibir, en forma directa, la convicción con que se presta la declaración, la forma en que se responden las preguntas, la seguridad del interrogado, etc., lo que le permitirá formarse un juicio de valor sobre las posiciones de cada parte, y emitir un fallo con mayores elementos, a aquellos que le proporcionaba el –prácticamente mecánico y limitado– interrogatorio del modelo de la Ley N° 26636.

El interrogatorio deberá ser iniciado por el juez, quien es el llamado a orientar el desarrollo de la diligencia. Seguidamente podrán intervenir los abogados de las partes ya sea formulando preguntas o repreguntas en forma oral para aclarar las respuestas ya brindadas al juzgador, las cuales deberán tener exacto correlato con los hechos controvertidos (no con posiciones jurídicas ni juicios de valor) y deberán guardar los límites que el respeto mutuo exige, pues, caso contrario, el juzgador no las admitirá, pudiendo incluso disponer la imposición de sanciones económicas como consecuencia del indebido actuar del abogado en el proceso.

Cabe agregar que la forma de interrogatorio descrita resulta de aplicación para la declaración de parte, la declaración testimonial y pericial.

2. Declaración de testigos

Colaborar con el desarrollo de la justicia es un deber ciudadano de cumplimiento obligatorio; y, por ello, el demandante y el demandado pueden solicitar que terceros corroboren los hechos que alegan ante el propio juez⁽¹⁷⁾.

Cabe recordar que, no obstante aún no exista certeza sobre la admisión o no de la declaración testimonial, el testigo ofrecido debe acudir a la audiencia de juzgamiento, siendo ello responsabilidad de la parte que lo ofrece. El testigo no será notificado para que acuda a la diligencia judicial; toda vez que la comunicación de la realización de dicha diligencia es obligación expresa de la parte que ofrece su declaración.

Así, es claro que la indicada regulación de la declaración testimonial tiene correlato estricto con los principios de celeridad, concentración y economía procesal que inspiran la nueva normativa procesal laboral.

(17) Puede ser testigo cualquier persona capaz que haya tomado conocimiento de ellos mediante los sentidos, con excepción de los supuestos prohibidos detallados en el artículo 229 del Código Procesal Civil. Si la contraparte advierte que el testigo ofrecido incurre en algunas de las causales de prohibición podrá interponer tacha contra la admisión de tal medio de prueba, cuestionamiento que deberá ser resuelto en el acto por parte del juzgador. En caso el cuestionamiento planteado no sea amparado, la contraparte podrá interponer recurso de apelación también en ese mismo acto.

Es importante destacar además que, el hecho que la norma indique que los testigos, en caso sean admitidos por el juez, solo ingresan a la audiencia cuando les corresponda declarar, ello entendemos tiene por objeto evitar que, luego de haber escuchado las posiciones de las partes (por ejemplo en la etapa de confrontación de partes), los testigos modifiquen el contenido de sus declaraciones o que sean inducidos a brindar cierto tipo de respuestas.

Para la realización de esta prueba, al igual que en el caso de la declaración de parte, no es necesaria la existencia de un pliego de preguntas por escrito, pues el interrogatorio se realizará de forma libre tanto por el juez como por los abogados de las partes. Sin embargo, la inexistencia de pliego no exime que la parte que solicita la actuación de la prueba testimonial indique los hechos sobre los que deberá declarar el testigo.

3. Pericia

Las partes pueden considerar necesario que, a efectos de reforzar en mejor medida sus posiciones, colaboren con el proceso terceras personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos referidos a los hechos controvertidos, tales personas, por sus especiales conocimientos, son conocidas como peritos.

Al igual que en el caso de los testigos, los peritos de parte (por ejemplo contables, grafotécnicos, etc.) que vayan a realizar un dictamen verbal o ratificar el dictamen escrito, solo podrán ingresar y participar en la audiencia cuando el juez determine que deben exponer sus posiciones. Asimismo, para la realización de esta prueba no es necesaria la presentación previa de un pliego de preguntas por escrito, pues el interrogatorio se rige bajo los parámetros de libertad e informalismo. Empero, lo que sí resulta exigible es que la parte que ofrece la prueba, precise el objeto de esta, es decir el hecho controvertido que se busca esclarecer con la pericia.

Ahora bien, es importante destacar que los peritos ofrecidos como medios de prueba de sus afirmaciones tienen un tratamiento distinto al de los peritos judiciales que actúan como órganos de apoyo en la labor jurisdiccional. En efecto, la nueva normativa es expresa en señalar que la pericia contable que realiza el personal de los juzgados especializados y de paz letrados (peritos judiciales) no es considerada como un medio de prueba de las partes, sino como un elemento de apoyo a la labor del juez, para facilitarle el cálculo de los eventuales conceptos que podrían ser considerados en una sentencia.

Por lo tanto, al no tener la condición de medio de prueba, no podría deducirse contra dicho informe contable cuestión probatoria alguna. Lo anterior significa que el cálculo realizado por el perito judicial que sea tomado por el juzgador en su sentencia tendrá que ser cuestionado por las partes justamente en su recurso de apelación de sentencia.

Ante tal nuevo escenario, es recomendable que, cuando alguna de las partes considere que la sentencia del juez de primera instancia ha amparado indebidamente la demanda solo en forma parcial o que ha liquidado los conceptos cuyo otorgamiento reconoce de manera incorrecta, junto con el recurso de apelación de sentencia se presente una pericia contable de parte, a efecto de hacer notar las deficiencias de cálculo. Dicha pericia encuentra su justificación en el cuestionamiento que se realiza a la sentencia emitida; y, por ello, no debería ser calificada como medio de prueba extemporáneo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las disposiciones señaladas tienen por objetivo promover el actuar diligente de las partes involucradas en el proceso, quienes deben recopilar todos los medios de prueba que den sustento a sus posiciones; y, facilitar el desarrollo del proceso, presentando las pruebas en un solo acto, para lograr que el juez resuelva la controversia en un plazo más breve que con la normativa anterior.

Somos de la opinión que esta posibilidad que tendrán los jueces de conocer de una manera directa los hechos que motivan el conflicto y los medios probatorios, permitirá también resolver de una mejor manera los conflictos que se presenten.

Esperemos que con esta importante modificación legislativa, no solo se pueda solucionar de manera rápida los conflictos que se presenten a nivel judicial, sino incluso evitar que estos se generen y lleguen al ámbito judicial.

ANOTACIONES ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN ESPECIAL PARA COMPARECER AL PROCESO LABORAL

Oxal Víctor Ávalos Jara^()*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 9 de la nueva Ley Procesal del Trabajo concede una de legitimación especial para promover el proceso laboral a determinadas personas o entidades en razón de lo particular y de la gravedad de la afectación de ciertos derechos de orden fundamental.

Debemos recalcar que esta legitimación especial significa que para que el proceso laboral sea iniciado no necesariamente deberá accionar el mismo afectado o la persona que este haya designado para tal efecto, sino que, además, podrá hacerlo una organización sindical, el Ministerio Público cuando tenga legitimidad, la Defensoría del Pueblo o cualquier asociación o institución sin fines de lucro que reúna ciertas condiciones.

Con la expresa intención de erradicar todas aquellas trabas formales que pudieran dar cabida a que ciertas personas no pueda solicitar la protección de sus derechos, la nueva Ley Procesal del Trabajo propone esta facilitación de acceso a la justicia; sin embargo, creemos que es apropiado profundizar lo concerniente a la legitimidad para obrar, los casos en que procede la legitimación especial, quiénes cuen-

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho del trabajo, seguridad social y Derecho empresarial. Miembro del Estudio Ávalos Jara, Abogados & Asociados <www.avalos-jara.com>. Miembro de la Comisión de Derecho Laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

tan con ella, así como otros aspectos que estimamos esenciales para comprensión del tema particular.

II. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR

La ley, la doctrina y la jurisprudencia reconocen que no es suficiente que se interponga una demanda para que se obtenga un pronunciamiento de fondo; es necesario, además, satisfacer una serie de condiciones procesales con el objeto de que la relación jurídico procesal sea válida.

En efecto, los requisitos vitales que deben cumplirse para que exista una relación jurídico procesal válida son los llamados presupuestos procesales, esto es, la competencia del juez, la capacidad de las partes y los requisitos de la demanda. Evidentemente, su ausencia supone que el proceso no pueda ser iniciado válidamente y, por ende, impiden que se dé un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en la medida que ello solo es posible que ocurra cuando la relación jurídico procesal es legítima. Así pues, los presupuestos procesales determinan el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y su normal culminación con la sentencia⁽¹⁾. Es importante recalcar que la exigencia del cumplimiento de los presupuestos procesales es ajena al derecho de acción que le corresponde al demandante.

De igual modo, resultan esenciales para acceder al proceso las llamadas condiciones de la acción⁽²⁾. Ellas pueden ser entendidas como los requisitos fundamentales para que haya un pronunciamiento de fondo. En este caso estamos refiriéndonos a la legitimidad para obrar del demandante, el interés para obrar del demandante y la posibilidad jurídica de la pretensión.

En lo que nos interesa, podemos afirmar que la legitimidad para obrar supone que es el propio demandante quien debe invocar la titularidad del derecho subjetivo que está haciendo valer ante el órgano jurisdiccional⁽³⁾.

Efectivamente, al verificar la conformación del proceso, el juez debe comprobar que el demandante forma parte tanto de la relación jurídico material como de la relación jurídico procesal, es decir, debe existir identidad o coincidencia entre las partes que conforman ambas relaciones, de tal manera que su legitimidad aparezca de modo indubitable y directo⁽⁴⁾.

(1) Sobre el particular, vide DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 315.

(2) Sobre el particular, es importante revisar el trabajo de VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 68.

(3) Al respecto, es interesante revisar lo que manifiesta COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho procesal civil*. Aniceto López Editor, Buenos Aires, 1942, p. 260.

(4) Es muy ilustrativo lo que señala ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Teoría general del proceso*. Editorial Porrúa, México D. F., 1980, p. 197 y ss.

Es en la etapa postulatoria del proceso que se cumple con tal requisito, cuando el demandante señala ser el titular de la relación material; en todo caso la prueba de ello se establecerá luego de la actuación de la prueba respectiva. De verificarse la ausencia manifiesta de este presupuesto material estamos ante una causal de rechazo *in limine* de la demanda.

En este escenario, la legitimidad para obrar se constriñe como la necesidad imperiosa de que sea la misma persona afectada la que interponga la reclamación judicial, precisamente por que ella es la legitimada para tal fin, no pudiendo –en principio– ser otra la que haga valer sus derechos, salvo que exista y se permita la representación.

Siendo así, en el ámbito de las relaciones laborales tendría que ser el mismo trabajador o su representante el que interponga la demanda; no obstante, habrán casos en que ello no será posible, pues las circunstancias del caso concreto y la rigidez de la norma impedirán que se acceda a la justicia. En estos casos es claro que la norma debe atender a lo que sucede en la realidad y, sobre la base de ello, debe ser flexible en determinados casos.

Es por esta razón que excepcionalmente la nueva Ley Procesal del Trabajo ha regulado el tema de la legitimación especial, precisamente con la finalidad de que no ocurra lo que hemos indicado en el párrafo anterior, y que con ello no se convaliden ni se legitimen –en sentido lato– los actos excesivamente arbitrarios y abusivos que recaen sobre ciertas personas.

Aunque a priori podríamos decir que son muchos los casos que merecerían este tratamiento, la ley solo ha previsto algunos basándose esencialmente en la protección de las personas más indefensas, en la gravedad de la afectación y en el impacto que pudiere tener sobre algún colectivo.

Pues bien, en las siguientes analizaremos estos casos excepcionales de legitimación especial.

III. LOS CASOS DE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS A NO SER DISCRIMINADO Y A LA NO REALIZACIÓN DE TRABAJO FORZOSO E INFANTIL

El numeral 9.1 del artículo 9 de la nueva Ley Procesal del Trabajo regula solo dos supuestos en virtud de los cuales procede la legitimación especial. El primero de ellos se configura con la afectación del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo; mientras que el segundo está referido a los casos de quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil. Igualmente, esta norma establece quiénes pueden suplir al trabajador afectado en la formulación de la pretensión a efectos de tutelar los derechos vulnerados.

A priori podemos afirmar que la mencionada norma contiene varias deficiencias, sin embargo, consideramos apropiado analizar este extremo de la norma con el objeto de corroborar o descartar esta premisa. En primer lugar analizaremos el tema de la discriminación, luego lo referente al trabajo forzoso e infantil y, finalmente, cuáles son los alcances de la legitimación de las entidades a que hace referencia la norma en cuestión.

1. El derecho a no ser discriminado y su implicancia en el marco del Derecho del trabajo

El derecho a no ser discriminado o, visto de otro modo, el derecho a la igualdad, ha sido regulado de forma expresa por nuestra Constitución, de forma general en el inciso 2 del artículo 2 y de forma específica en el inciso 1 del artículo 26.

En el primer caso, “el principio de igualdad plasmado en la Constitución no solo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos”⁽⁵⁾.

En el segundo caso, “esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. (...). La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta, ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución”⁽⁶⁾.

Igualmente, complementando lo anteriormente señalado, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha manifestado que “el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar ‘igual a los que son iguales’ y ‘desigual a los que son desiguales’, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo

(5) Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-1996-AI/TC.

(6) Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2005-AI/TC.

de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades”⁽⁷⁾.

Asimismo, ha indicado que “la primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro. (...), la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. [En consecuencia], se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de ‘discriminación inversa’, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización”⁽⁸⁾.

Nuestro Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la igualdad tiene dos vertientes o facetas. Así, expresa que “el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”⁽⁹⁾.

Finalmente, ha señalado que “la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato”⁽¹⁰⁾.

En virtud de lo citado, queda claro que para que se configure la vulneración al principio de igualdad, contenido en los artículos 2 y 26 de nuestra Constitución, no solo basta que la finalidad de la ley sea ilegítima, por no decir discriminadora,

(7) Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

(8) Loc. cit.

(9) Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC.

(10) Vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2510-2002-AA/TC.

también es necesario que concurra el elemento de la diferenciación material, es decir, que se trate desigual a los iguales e igual a los desiguales.

Así también, y ya en estricto en el marco laboral, la igualdad implica que las oportunidades de acceso y promoción al y dentro del empleo sean justas y equitativas para todos los trabajadores. En este sentido, todo empleador, ya sea el Estado o los particulares, tienen la obligación de no discriminar o de no generar actos de diferenciación subjetiva que impidan que la persona del trabajador pueda ejercer libre y plenamente sus derechos fundamentales.

En suma, en el seno de la relación laboral las condiciones para acceder a un empleo y, una vez conseguido, para alcanzar o ser promovido a un mejor puesto de trabajo no deben contener restricciones que impliquen discriminación; no obstante, sí podrá haber diferenciación, la cual para ser legítima, deberá basarse en criterios objetivos y razonables.

Es importante mencionar que “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”⁽¹¹⁾.

Lo expuesto resulta clave para entender cuándo determinado hecho resulta discriminatorio y, por ende, debe ser rechazado.

En esencia, los parámetros principales que nos servirán para conocer si estamos frente a un acto discriminatorio son: la objetividad y la razonabilidad.

El primero puede ser entendido como “la cualidad de lo objetivo, de tal forma que es perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir”⁽¹²⁾; en otras palabras, supone la facultad de ver las cosas como son y no como queremos que sean, para lo que es necesario desprenderse de toda arbitrariedad, sinrazón, parcialidad y todo criterio que modifique la real esencia de las cosas.

Por su parte, en cuanto a su aplicación en el marco de las relaciones de trabajo, la razonabilidad “implica que el acto del empleador debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran, de tal manera que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente generador y el hecho consecuente derivado de este. En consecuencia, la razonabilidad es el resultado de

(11) Vide sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00027-2006-PI/TC.

(12) En <www.rae.es>.

una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado”⁽¹³⁾.

Resulta oportuno mencionar que el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾ ha manifestado que la discriminación se puede presentar en el ámbito laboral de dos maneras:

- a. Como un acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo; y
- b. Como acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Con respecto al primer supuesto, debemos precisar que no se trata en estricto de un acto discriminatorio en materia laboral, pues la relación de trabajo aún no se ha iniciado ni consolidado. En este caso, lo que se protege es la igualdad de oportunidades para acceder al empleo, es decir, que no se establezcan reglas absurdas, restricciones e impedimentos arbitrarios, con el objeto de que frente a dos iguales se pretenda favorecer a uno(s) y perjudicar a otro(s). Evidentemente, ello no quiere decir que un empresario no puede establecer ciertas condiciones o requisitos para acceder a un empleo determinado, pues ello sí será posible en la medida que estas sean impuestas de manera objetiva y razonable.

Con relación al segundo caso, son diversos los supuestos que pueden presentarse. En este caso, lo que se busca no es evitar la privación discriminatoria de acceso al empleo, sino proscribir que, ya en el seno laboral, un trabajador o un grupo de empleados se vean disminuidos en el pleno ejercicio de sus derechos laborales con relación a otro u otros, o sean apartados de ciertos derechos de forma injustificada, arbitraria y subjetiva, de tal modo que en condiciones de total respeto a sus derechos reconocidos por la Constitución y la ley sí les correspondiesen tales derechos.

Ahora bien, el numeral 9.1 del artículo 9 de la nueva Ley Procesal del Trabajo solo ha hecho mención al caso de la discriminación en el acceso al empleo como supuesto para la legitimación especial, y no ha referido nada sobre la discriminación en el desarrollo de la relación laboral.

Si la intención del legislador es la proteger al trabajador ante la discriminación de la que pudiera ser objeto, no entendemos el por qué no se le ha dado cabida a este último supuesto, máxime si la discriminación en el acceso como en el desarrollo de la relación laboral es igual de reprochable e indistintamente debe buscar erradicársele.

(13) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. “Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral”. En: *Análisis, comentarios y crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional*. Jurista Editores, Lima, 2010, p. 116.

(14) Vide la sentencia recaída en el Expediente N° 04922-2007-PA/TC.

Por consiguiente, la legitimación especial solo procederá cuando se produzca un acto de discriminación en el acceso al empleo, siendo que si estamos ante un acto de discriminación diferente a aquel tendrá que ser el propio trabajador quien deberá accionar para tutelar sus derechos, salvo que se trate de las reglas especiales contenidas en el Código Procesal Civil.

2. El derecho a no realizar trabajo forzoso ni infantil

En su Convenio N° 29, la Organización Internacional del Trabajo señala que el trabajo forzoso es “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. De la misma manera, en su Convenio N° 105 ha indicado que “que no se puede recurrir nunca al trabajo forzoso con fines de fomento económico, como medio de educación política o como medida de discriminación, de disciplina en el trabajo o de castigo por haber participado en huelgas”.

Como afirma la propia Organización Internacional del Trabajo, “el trabajo forzoso no puede equipararse simplemente con salarios bajos o con condiciones de trabajo precarias. El concepto tampoco abarca las situaciones de mera necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo. El trabajo forzoso constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad personal, según la definición contenida en los convenios de la OIT relativos a este tema y en otros instrumentos internacionales conexos relativos a la esclavitud, a las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre por deudas y a la condición de siervo”⁽¹⁵⁾.

Por su parte, el trabajo infantil no necesariamente es forzoso, sin embargo, no debe realizarse salvo casos excepcionales. En efecto, “no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general, la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Entre otras actividades, cabe citar la ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero de bolsillo. Este tipo de actividades son provechosas para el desarrollo de los pequeños y el bienestar de la familia; les proporcionan calificaciones y experiencia, y les ayuda a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta”⁽¹⁶⁾.

Sobre la base de ello es certero señalar que al trabajo infantil se le define “como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Así pues, se alude al

(15) Vide <www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=989&Itemid=968>.

(16) Vide <www.ilo.org/ipec/facts/lang-es/>.

trabajo que es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño, e interfiere con su escolarización puesto que les priva de la posibilidad de asistir a clases, les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo. En las formas más extremas de trabajo infantil, los niños son sometidos a situaciones de esclavitud, separados de su familia, expuestos a graves peligros y enfermedades y/o abandonados a su suerte en la calle de grandes ciudades (con frecuencia a una edad muy temprana). Cuándo calificar o no de ‘trabajo infantil’ a una actividad específica dependerá de la edad del niño o la niña, el tipo de trabajo en cuestión y la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. La respuesta varía de un país a otro y entre uno y otro sector⁽¹⁷⁾.

Como se aprecia, se trata de dos supuestos de suma gravedad y en donde lo característico es la indefensión de las personas que son abusadas en la realización del trabajo forzoso o infantil. Por lo general, las personas que sufren este tipo de vejación son personas que tienen recursos económicos muy bajos o casi nulos, además son personas que lamentablemente son ignorantes, y no tienen ningún conocimiento acerca de cuáles son sus derechos, y menos aún saben a quién recurrir para tratar de enmendar esta injusticia.

Esta es la justificación por la que creemos que con mucho acierto se ha regulado una legitimación especial para que una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público puedan accionar en reemplazo de los afectados.

Consideramos que se trata de una regulación virtuosa en la medida que se garantiza la eficacia y el pleno respeto de los derechos laborales, pues con ello se facilita y posibilita que distintos actores, a pesar de no ser partes de la relación jurídica material, puedan tutelar los derechos de las personas que se encuentran desamparadas y al margen de la legalidad.

IV. DE LOS SUJETOS QUE CUENTAN CON LA LEGITIMACIÓN ESPECIAL

El artículo 9.1 de la nueva Ley Procesal del Trabajo hace mención de quienes cuentan con la legitimación especial. En este caso indica que pueden formular pretensión, además de los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

(17) Loc. cit.

En el primer caso, debe dejarse en claro que no es que el afectado deba pertenecer a un sindicato para que este pueda accionar en su nombre. La norma señala que cualquier organización sindical puede intervenir y representar al trabajador afectado. Y ello es lógico, pues si el sindicato defendiera solo a sus afiliados es muy probable que no estemos ante la realización de trabajo forzoso y mucho menos infantil.

En el segundo caso, se hace referencia a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro dedicadas a la protección de derechos fundamentales; sin embargo, no solo basta que sean tales, sino, además, que a criterio del juez cuenten con solvencia para afrontar la defensa. La norma se refiere a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que tienen por fin la defensa de los derechos fundamentales; por lo tanto, aquellas que no tengan ese fin no podrán asumir ni tramitar las causas. Lo que nos llama poderosamente la atención es que se exija que estas personas jurídicas tengan solvencia para afrontar el proceso. Primero, no se menciona el tipo de solvencia es la exigida, empero estimamos que se trata de una de carácter principalmente económica, aunque implícitamente también una de carácter moral. Y segundo, creemos de la presente norma no debiera tener tal exigencia, ya que debería primar la gratuidad del proceso por la naturaleza de la causa.

En el caso de la Defensoría del Pueblo, según el artículo 1 de su ley orgánica, le corresponde defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos. Entonces, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir cuando verifique la realización de trabajo forzoso y trabajo infantil ilegal, no solo para frenar el abuso, sino para interponer las acciones administrativas y judiciales pertinentes, específicamente para iniciar el proceso laboral para que se reivindiquen los derechos laborales maltratados y para que se cumplan con las obligaciones laborales establecidas por ley.

Finalmente, en el caso del Ministerio Público, cabe resaltar que sus funciones principales son la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También debe velar por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En este sentido, la labor del Ministerio Público no se limitará solo formular pretensión en el proceso laboral, sino también a iniciar las acciones penales correspondientes contra quienes resulten responsables por la realización del trabajo forzoso o infantil y todos aquellos actos tipificados como delitos.

V. LA PROCURACIÓN OFICIOSA COMO ALTERNATIVA

Al margen de todo y a pesar de que la nueva Ley Procesal del Trabajo no le ha dado el realce necesario, debemos recalcar que la procuración oficiosa podría jugar un papel importante en estos casos, principalmente tratándose del trabajo forzoso e infantil.

Esta figura es recogida por nuestro Código Procesal Civil de 1993 y posteriormente también por nuestro Código Procesal Constitucional de 2004. Se trata de aquel caso en que una persona que no es parte de una relación jurídico material pueda iniciar un proceso en nombre de otra sin contar con poder o mandato alguno; empero, se requerirá de ciertas condiciones: a) que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente; y b) que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer este.

La connotación que debe tener esta figura en el marco del Derecho procesal del trabajo no solo debe ser apreciada como la imposibilidad de acudir a los tribunales, sino también como la falta de aptitud para realizar ello.

Hemos dicho en las líneas precedentes que en gran medida las personas que son víctimas de trabajo forzoso e infantil se encuentran sumidas una situación económica muy precaria, con muchas carencias de todo tipo, y por lo general son ignorantes en el plano legal y no saben a quién recurrir para solicitar ayuda. Se trata de una realidad que no se puede desconocer. En este sentido, la procuración oficiosa en el proceso laboral debe permitirles el acceso a la justicia atendiendo a su real situación. Si bien es cierto que la norma bajo análisis es muy positiva, creemos que hubiese sido más valiosa si hubiese previsto una regulación sobre el particular.

VI. LA AFECTACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS Y OTRO SUPUESTO DE LEGITIMACIÓN ESPECIAL

El numeral 9.2 de la nueva Ley Procesal del Trabajo establece un supuesto adicional a los mencionados anteriormente, y señala que cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

La norma en cuestión hace referencia a los derechos de índole colectivos, es decir, a aquellos que involucran a una comunidad de trabajadores y, que consecuentemente, al ser vulnerados generan el mismo impacto general.

En este caso, le norma le concede legitimación especial al sindicato de la empresa en donde laboran los trabajadores afectados o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores; sin embargo, haya o no sindicato, también podrá accionar cualquier trabajador que pertenezca al colectivo afectado.

Como es fácil advertir, se otorga una legitimación especial más restrictiva que la contemplada en el numeral 9.1 del artículo 9 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, pues en este caso sí es necesario tener legítimo interés para accionar.

VII. CONCLUSIÓN

A diferencia de la Ley N° 26636, la nueva Ley Procesal del Trabajo no solo se caracteriza por la preponderancia de la oralidad en su estructura, también debe resaltarse que esta novísima norma adjetiva laboral facilita el acceso a la justicia en la medida que sus normas son menos rígidas y, en consecuencia, más flexibles. Ellas tienden a reflejar lo que ocurre en la realidad y sobre su base se ha construido un Derecho procesal muy acorde con el Derecho material, tanto así que puede afirmarse que la nueva Ley Procesal del Trabajo sí constituye una verdadera expresión del Derecho sustantivo laboral⁽¹⁸⁾.

En lo que concierne a la legitimación especial para comparecer al proceso laboral, consideramos muy apropiado e importante que se hayan regulado supuestos especiales en virtud de los cuales –por la urgencia, la grave afectación, la indefensión de las personas afectadas y el impacto que pudiere tener sobre algún colectivo– se deja de lado el concepto estricto de la legitimidad para obrar para permitir que se accione en nombre de la persona o del grupo de personas que son víctimas de la vulneración manifiesta de sus derechos. Y decimos apropiado e importante por el hecho de que la norma procesal ha entendido finalmente de que no todos los demandantes tienen la misma facilidad para acceder a la justicia en aras de la reclamación de sus derechos. Existe cierto sector –probablemente minoritario– al cual le es casi imposible recurrir a una asesoría legal y mucho menos iniciar un proceso para defender sus intereses. Es precisa y especialmente a este sector al que se refiere el artículo 9 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, y es por ello que se les brinda las facilidades del caso. Dicho artículo también coadyuva con la protección de derechos colectivos, erradicando cualquier barrera formal que no permita garantizar o impida la protección de estos derechos colectivos.

En suma consideramos que legitimación especial para comparecer al proceso laboral se constituye como uno de los aspectos más positivos de la nueva Ley Procesal del Trabajo y –al menos por ahora– nos genera una importante expectativa de que con ella podrá tutelarse de una mejor manera los derechos sustantivos laborales.

(18) En su momento, García Granara señalaba que “el Derecho procesal del trabajo no puede ser concebido únicamente como un derecho adjetivo, instrumental o de apoyo, sino que representa una expresión del Derecho sustantivo laboral” (GARCÍA GRANARA, Fernando. “Proceso laboral y Derecho del trabajo”. En: *Análisis Laboral*, Vol. XXV, N° 301, Lima, 2002, p. 73).

TRABAJO DECENTE Y MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL

Adolfo Ciudad Reynaud^()*

La publicación en Perú de la Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo, el 15 de enero de 2010, nos invita a una reflexión sobre el papel que cumple la justicia laboral para la construcción de un sistema democrático de relaciones de trabajo articulado en base concepto de trabajo decente que preconiza la OIT, así como del afianzamiento de la democracia y de la gobernabilidad de los países. Nos referiremos a la justicia laboral como componente esencial del trabajo decente, a las normas internacionales sobre tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, a los elementos y principios esenciales de una modernización de la justicia laboral -entre ellos la especialización y concentración, que necesariamente deben acompañar a la oralidad para que esta sea efectiva- y a la necesidad de modalidades procesales especiales para la tutela de derechos fundamentales en el trabajo, para acciones de naturaleza colectiva y al proceso monitorio, una de las más importantes novedades de la reforma procesal laboral chilena.

Justicia, democracia, gobernabilidad

Respecto de la relación administración de justicia laboral y democracia, una interesante investigación sobre justicia laboral en América Central señala que: “La situación es simple, sin justicia no hay democracia. La práctica cotidiana ha demostrado que un régimen democrático no puede consolidarse tan solo a partir de reformas constitucionales o el cumplimiento de prácticas electorales, como tampoco

(*) Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la OIT y Profesor de Derecho del Trabajo en licencia, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.

simplemente con la creación y adopción exclusiva de políticas públicas. Un Estado que se precie de ser democrático debe contar además con un sistema judicial que respalde y sancione eficazmente cualquier vulneración a los derechos y libertades fundamentales; pero sobre todo, que garantice a cualquier persona un acceso razonable, igualitario y expedito”⁽¹⁾.

En la mayoría de países de América latina, la modernización judicial es una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable de los países. Sin desconocer los avances obtenidos, en el ámbito judicial laboral en diversas naciones, todavía tenemos instituciones débiles e ineficientes.

No siempre se ha podido garantizar un ágil y célere respeto pleno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el derecho a la libertad sindical y de negociación colectiva, la no discriminación sindical y por género, el respeto y protección a la vida privada del trabajador, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia y de opinión, ni de los derechos laborales en general. En síntesis, la administración de justicia laboral, no ha podido proporcionar a los ciudadanos que trabajan los elementos esenciales de seguridad.

La justicia laboral como componente esencial del trabajo decente

Ello ocasiona que siga existiendo una profunda brecha entre el derecho y la realidad que debiéramos superar como parte del principio de legalidad y del Estado de derecho. Uno de los principales problemas que enfrenta el derecho del trabajo es su falta de eficacia y su inadecuación a la realidad. Los textos legales establecen unos parámetros mínimos necesarios, pero la realidad cotidiana dice otra.

Un tema es el de los costos de producción. Algunos empleadores agobiados por la competencia o por el deseo de maximizar sus ganancias evitan el pleno cumplimiento de la legislación. Otro asunto relevante son los menores niveles educativos de los trabajadores y de la falta de información existente. No obstante, destaca la escasa capacidad del Estado para fiscalizar el cumplimiento de la legislación. Como señala BENSUSÁN, “los fiscalizadores del cumplimiento de las leyes carecen de las facultades necesarias, sus recursos son insuficientes y tienden a disminuir, reciben bajas remuneraciones y sin garantías de estabilidad (Schrunk, 2004)”⁽²⁾. Esta falta de eficacia de la justicia laboral, conjuntamente con el déficit importante de los servicios de inspección del trabajo de los Ministerios de Trabajo, se traduce “en *bajos costos de incumplimiento de la legislación* y, por ende, en niveles reducidos de protección de los trabajadores (Jatobá, 2002; Bensusán, 2006b)”⁽³⁾

(1) INICIATIVA REGIONAL PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EN TRABAJO DIGNO. *Observatorios a la justicia laboral en Centro América y el Caribe: Análisis comparativo*. Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador, Criterio, El Salvador, 2007, p. 7.

(2) BENSUSÁN, Graciela. *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*. Instituto de Estudios Laborales, Ginebra, 2007, p. 1.

(3) *Ibidem*, p. 29. El resaltado es nuestro.

El incumplimiento de la legislación ha tenido efectos sumamente importantes en la determinación de los modelos o sistemas de las relaciones de trabajo, al poner en cuestión todo el andamiaje de derechos fundamentales, derechos individuales y derechos colectivos. Influye decisivamente en la cultura de cumplimiento pues su inobservancia no ocasiona mayores costos, e incluso puede significar un ahorro en países con tasas de inflación significativas.

A esto debe añadirse que “a partir de los años ochenta hubo un fuerte deterioro del interés por hacer efectiva esa intervención y las capacidades de fiscalización donde existían, provocando más segmentación de los mercados de trabajo. La falta de fiscalización y las dificultades de acceso a la justicia han contribuido a la flexibilización de las relaciones laborales, probablemente en mayor medida que algunas reformas legales, y se justifican en el temor a la destrucción de empleos que podría provocar una aplicación estricta de la legislación”⁽⁴⁾.

Advirtiendo este problema, ya vigente desde siempre en las relaciones de trabajo en América Latina, pero agravado a partir de la década de los ochenta, los constituyentes latinoamericanos de la OIT en el año 2006 decidieron en forma tripartita que una de sus prioridades en la región sería el *respeto y el cumplimiento efectivo* de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, como parte del esfuerzo para lograr que todas las mujeres y los hombres puedan acceder a un trabajo decente⁽⁵⁾. El trabajo decente, como lo ha definido la OIT, consiste en mejorar las oportunidades que deben tener todos para conseguir un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

Esto implica un trabajo con libertad de asociación y libertad sindical, igualdad y no discriminación, sin trabajo forzoso ni trabajo infantil, sujeto a la legislación laboral, protección social, observancia de los salarios mínimos, formación profesional, promoción del empleo, negociación colectiva y diálogo social, entre otros. CEARA-HATTON es muy elocuente cuando señala que para que el trabajo pueda ser medio de creación de ciudadanía en sentido amplio debe ser un “trabajo decente”, es decir, “el punto de convergencia de un trabajo productivo, desarrollado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, de manera que no viole la dignidad intrínseca del ser humano; un trabajo donde se respeten los derechos laborales, protegido en un marco de regulación legal y de diálogo y negociación entre las partes. En definitiva, un “trabajo de calidad”, o como lo denomina la OIT un “trabajo decente”, que sea el resultado de la interacción de un trabajo productivo y seguro, con respeto a los derechos laborales, con ingresos adecuados, no discriminatorio por razones de género, edad etnia u opción sexual, con protección social, con

(4) Ibid.

(5) OIT. *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica*. 2006-2015, Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006 (el subrayado es nuestro).

diálogo social, que respete el principio de justicia, la libertad sindical, negociación colectiva y participación”⁽⁶⁾.

La Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, reitera que se pone en práctica el mandato constitucional de la OIT a través de las normas internacionales del trabajo y de situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, para lo cual deben basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT, todos de igual importancia, a saber: a) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; b) adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y adoptadas a las circunstancias nacionales; c) promover el diálogo social y el tripartismo; y, d) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisiten particular importancia, no solo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos⁽⁷⁾.

Además, la Declaración enfatiza que los cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente, de manera que la falta de promoción de cualquiera de ellos menoscabaría el logro de los demás. Por esto la Declaración precisa que para obtener un máximo de impacto, los esfuerzos encaminados a promoverlos deberían formar parte de una estrategia global e integrada de la OIT en pro del trabajo decente.

El trabajo decente no será posible alcanzarlo, entre muchas otras políticas, sin mejorar las capacidades de fiscalización por del aparato estatal, tanto a través de la mejora de los sistemas de solución de conflictos directos en la propia empresa (creados en forma unilateral o por disposición de convenios colectivos), como asistidos por la administración del trabajo por medio de la conciliación y mediación debidamente profesionalizada y provista de recursos, así como por los servicios de inspección del trabajo y de los sistemas de justicia laboral a nivel jurisdiccional, sin dejar de lado iniciativas privadas de resolución alterna de conflictos como mecanismo de naturaleza subsidiaria.

Estos elementos aplicados en forma concurrente contribuirán a la creación de una cultura de cumplimiento y a la consolidación de sistemas de relaciones de trabajo basados en la cooperación y no en el conflicto, así como facilitarán las condiciones propicias para la creación del empleo, la ampliación de la protección social y la promoción del diálogo social. Así, el cumplimiento de las normas internacionales de trabajo y de las normas sobre derechos laborales se constituye en el entorno

(6) CEARA-HATTON, Miguel, “Organización de la producción, trabajo y educación: desde el desarrollo humano”, en Revista Latinoamericana de Desarrollo Humano”. En: *Boletín* N° 59, agosto 2009.

(7) Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2008, apartado A, punto I. Alcance y Principios.

propicio para alcanzar el trabajo decente, tal como lo acordó la Reunión Regional Americana de 2006 al adoptarlo como una de sus prioridades.

Esta misma orientación la encontramos en el Pacto Mundial para el Empleo–PME, adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 2009. Se trata de un instrumento de política global donde se abordan las repercusiones de la crisis financiera y económica internacional en los ámbitos social y del empleo, y que promueve una recuperación productiva centrada en la inversión, el empleo y la protección social. En esencia propone una respuesta a la crisis basada en el trabajo decente y en una nueva serie de principios para promover la recuperación y el desarrollo: a) acelerar la creación de puestos de trabajo y la recuperación del empleo y respaldar a las empresas; b) establecimiento de sistemas de protección social y protección de las personas; c) fortalecer el respeto de las normas internacionales del trabajo; d) fortalecer el diálogo social a través de la negociación colectiva, identificando las prioridades y estimulando la acción.

Con el objeto de evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones laborales y sustentar la recuperación, señala el PME, es especialmente importante reconocer que el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo es esencial para la dignidad humana y para la recuperación y el desarrollo. Se hace referencia a la necesidad de conseguir la eliminación y evitar el incremento de las distintas formas de trabajo forzoso, trabajo infantil y discriminación en el trabajo; el respeto de la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva. Además de los convenios fundamentales se recuerda la existencia de varios convenios y recomendaciones sobre condiciones laborales que resultan pertinentes: política de empleo, salarios, seguridad social, relación de trabajo, terminación de la relación de trabajo, trabajadores migrantes, condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, seguridad y salud en el trabajo, horas de trabajo y mecanismos de diálogo social.

El PME finalmente llama la atención sobre la necesidad del fortalecimiento de la capacidad de la administración del trabajo y de la inspección del trabajo, como un elemento de toda acción integradora que tenga por objeto la protección de los trabajadores, además de la seguridad social, las políticas de mercado de trabajo y el diálogo social.

Esta referencia a la administración del trabajo debe ser entendida dentro del concepto contenido en el Convenio sobre la administración del trabajo, 1978 (núm. 150), que distingue entre “administración del trabajo” que realiza actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo, y entre “sistema de administración del trabajo”, para referirse a todos los órganos de la administración pública responsables o encargados de la administración del trabajo, entre los que cabe incluir a la administración de justicia laboral.

No cabe duda que cuando el PME se refiere a la necesidad del fortalecimiento del sistema de administración del trabajo se refiere también a la administración

de justicia laboral, pues todos los temas relativos a normas internacionales y a la legislación sobre derechos laborales, si bien pueden, y algunos deben, ser procesados en sede administrativa por el sistema de inspección del trabajo y demás órganos administrativos de conciliación y mediación de los Ministerios de Trabajo, debe tenerse en cuenta que se tratan de funciones administrativas que se realizan como parte del poder ejecutivo, o más concretamente que están confiadas al Gobierno.

No obstante, de acuerdo a la noción actual de Estado de derecho, que se erige sobre la base de un gobierno de leyes y no propiamente de hombres, que promulga leyes precisas y que establece el poder judicial para la protección de los ciudadanos y para la aplicación de esas leyes a los casos concretos, corresponde a los juzgados y tribunales la administración de justicia a través de Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

En todos los Estados modernos el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales establecidos en las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que tales leyes establezcan, que desde luego incluyen a los tratados internacionales, y entre estos, a las normas internacionales de trabajo de la OIT. De esta forma, corresponde a los juzgados y tribunales de justicia ofrecer tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de las personas.

El Poder Judicial es el órgano encargado de administrar justicia en todos los países donde prima, o se aspira que prime, un Estado de derecho. “Ejerce la función jurisdiccional del Estado que consiste en decir Derecho, es decir, de decir qué dice en concreto el Derecho en los casos sometidos a su resolución”⁽⁸⁾.

La potestad jurisdiccional puede ser definida entonces como aquella atribución del poder del Estado que le permite resolver válida y en forma definitiva los conflictos que se presentan en la sociedad. El hecho que el poder judicial tenga la potestad jurisdiccional no implica, sin embargo, que sea el único órgano del Estado que puede resolver conflictos. De hecho, otros órganos también tienen esa atribución resolutoria, en especial el Poder Ejecutivo, de forma tal que lo que más propiamente quiere decir, es que la última decisión en la resolución de conflictos, la tiene el poder judicial⁽⁹⁾.

Esto significa que las resoluciones que emite el poder judicial no pueden ser revisadas por ningún otro organismo, salvo a nivel supra nacional en casos excepcionales⁽¹⁰⁾, y, al mismo tiempo, que las resoluciones que emiten otros organismos

(8) RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 55.

(9) Cfr. *Ibidem*, p. 173.

(10) Véase sobre el tema, CANESSA, Miguel. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009

con capacidad de resolver conflictos, especialmente el poder ejecutivo a través de la inspección del trabajo y de los sistemas de solución de conflictos a través de la conciliación y mediación administrativa, son revisadas y resueltas definitivamente por el poder judicial.

En efecto, uno de los aspectos esenciales en un Estado de derecho es la garantía de la legalidad, por el que las actuaciones de las autoridades deben estar fundamentadas en los dictados de las normas legales, razón por la cual se instituye el control judicial de los actos de la administración pública desde el punto de vista jurídico (la administración del trabajo en nuestro caso), para asegurar que dichos actos son conforme a derecho.

Por esta razón, todos los actos de la administración pública del trabajo, como el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la aplicación de la ley para la resolución de conflictos jurídicos concretos, corresponden al poder judicial.

En todos estos casos se reafirma la gran importancia del cumplimiento de las normas internacionales de trabajo y de la ley para la consecución del trabajo decente. La importancia de la ley radica en que es el “producto de la voluntad parlamentaria en el contexto del pluralismo político y, por lo tanto, manifestación de un compromiso político en el seno de un orden constitucional dado”⁽¹¹⁾. De igual forma, las normas internacionales del trabajo expresan el consenso político internacional, y además tripartito, respecto de la adopción de reglas de conducta en relación al tema del que trata el convenio internacional.

La ley, las normas internacionales del trabajo y del Estado de derecho tienen así, claros objetivos económicos, sociales y culturales para una mejor convivencia social, en base al acatamiento de ciertas reglas que han supuesto un consenso político en un momento determinado. Pero debe entenderse el Estado de derecho desde una concepción dinámica dirigida hacia la justicia social en que la OIT basa su accionar desde 1919, tal como se desprende del primer párrafo del preámbulo del texto de la Constitución de la OIT que señala “que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social”⁽¹²⁾. A este respecto, CABANELLAS señala que esto significó un cambio muy importante respecto del pasado cuando indica que anteriormente “Prevalecía el interés de preservar la paz política antes que la efectiva paz social”⁽¹³⁾.

Por todas estas consideraciones la justicia laboral es un componente esencial del trabajo decente pues todos aquellos elementos que postula, que en términos de

(11) Parejo Alfonso, Luciano y otros, citado por OSSAARBELÁEZ, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. Segunda edición, LEGIS, Colombia, 2009, 26.

(12) OIT. *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, agosto de 2003, p. 5.

(13) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. T. III, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979, p. 227.

políticas públicas nacionales deben ser aplicados por el poder ejecutivo, en caso de conflictos jurídicos son resueltos en última instancia en sede judicial aunque en algunas ocasiones les corresponda un trámite previo en sede administrativa.

Por esto es que la OIT “tiene la convicción de que los tribunales de trabajo, los abogados que defienden causas ante ellos, los docentes encargados de formar a los futuros juristas y los consejeros jurídicos de las organizaciones de empleadores y de trabajadores son agentes claves para lograr una aplicación efectiva y profunda del derecho internacional del trabajo, así como para alcanzar el objetivo del “trabajo decente”⁽¹⁴⁾.

Normas internacionales sobre tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas

La administración de justicia en general está así concebida como parte sustancial del Estado de derecho basado en la legalidad y como componente esencial del trabajo decente. La justicia es un derecho humano de carácter fundamental. Sin justicia no hay nada, es un derecho elemental que permite la convivencia social en paz. Por esto es que el concepto de tutela judicial efectiva está incorporado en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Es así en la medida que la falta de efectividad de la administración de justicia afecta el derecho de las personas a obtener *tutela judicial efectiva* por parte de jueces y tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con todas las garantías que la ley prescribe, sin que se produzca indefensión, con acceso al juez ordinario predeterminado por la ley, con derecho a defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, con derecho a un proceso público, con la posibilidad de recurrir a los medios de prueba pertinentes para su defensa, y además, con derecho a un proceso “*sin dilaciones indebidas*”.

La misma Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la necesidad de contar con un *recurso efectivo* ante los tribunales nacionales competentes, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley⁽¹⁵⁾.

La Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, *laboral*, fiscal o de cualquier otro carácter⁽¹⁶⁾. Similar prescripción la encontramos en el

(14) OIT, Centro Internacional de Formación. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*, bajo la Dirección de Xavier Beaudonet, segunda edición, Turín, 2010, p. iii.

(15) Cfr. Artículo 8. El resaltado es nuestro.

(16) Cfr. Artículo 8. El resaltado es nuestro.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a ser juzgado “*sin dilaciones indebidas*”⁽¹⁷⁾.

Este concepto de dilaciones indebidas está definido por SENDRA “como un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de derecho privado que sean parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias”⁽¹⁸⁾.

La debilidad de las administraciones de justicia laboral nos sitúa frente a un problema de gran envergadura que afecta derechos humanos básicos, que además tiene que ver con la efectividad de todo el conjunto de la normativa laboral. En tal virtud, la reforma que debería acometerse tendría que ser integral, que atienda el cambio del sistema judicial laboral escrito, que es el principal origen del problema de las indebidas dilaciones de los procesos, junto con la falta de especialización laboral de los jueces, la falta de concentración e intermediación, así como de los escasos presupuestos que se destinan a la administración de justicia laboral.

Procedimientos judiciales escritos

En la mayoría de los países de América Latina tenemos procedimientos judiciales laborales fundamentalmente escritos y altamente formalistas, donde el juez sentencia prácticamente sin conocer a las partes, sin tener el debido contacto directo con ellas, sino en base a escritos reunidos en voluminosos expedientes, y donde los procesos son sustanciados fundamentalmente por sus auxiliares o asistentes. El procedimiento es tan complejo y tortuoso que dura de cuatro a ocho años, y a veces más, por lo que la solución llega tan a destiempo que deja de ser un remedio para las partes.

En muchos países no hemos conocido nunca el sistema judicial oral que se concreta a través de procesos por audiencias, sino procesos escritos en los que se acumulan centenares y miles de papeles en los expedientes que terminan por confundir al juez y a las propias partes, contribuyendo a su dilación.

Esta situación se agrava aún más teniendo en cuenta que el número de jueces es insuficiente para los casos que procesan, o porque los procesos son atendidos por jueces que en su mayoría no son especializados en derecho laboral; así como también por los inadecuados espacios físicos que no permiten la celebración de juicios orales en audiencias públicas.

(17) Cfr. Artículo 14, 3, c). El resaltado es nuestro.

(18) SENDRA, Gimeno. “*Constitución y proceso*”. Tecnos, Madrid, 1988. En: FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, Plácido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Civitas; Madrid, 1994; p. 34.

Esto hace que los procedimientos judiciales en materia laboral sean lentos, caros e inconvenientes para empleadores y trabajadores. Esto dificulta una oportuna solución de los conflictos laborales a nivel jurisdiccional, con lo que amplios sectores de la ciudadanía ven frustrada o perciben lejana la posibilidad de hacer respetar sus derechos laborales en un plazo breve. La falta de una eficiente y oportuna intervención judicial en la solución de conflictos laborales ocasiona también problemas de inseguridad jurídica a las empresas, así como un clima inapropiado para las inversiones⁽¹⁹⁾.

La falta de contacto de los jueces con las partes en las distintas etapas de los procesos, es otro factor en detrimento del equilibrio esperado para asegurar un tratamiento justo a los litigantes. “El contacto directo permitiría a los jueces y magistrados de trabajo tener un conocimiento de primera mano sobre las circunstancias reales del caso y las personas involucradas, en lugar de la realidad artificial que emana de las presentaciones escritas”.⁽²⁰⁾

Dar el salto hacia la oralidad, reforzando la especialización

En este sentido, convendría que la modernización procesal laboral que se adopte se base en el principio de la oralidad y se instaure el sistema judicial laboral oral, que es el sustento del proceso laboral moderno. Esto supone la especialización de los jueces de trabajo como tema prioritario, en el sentido de que los juicios laborales sean atendidos solo por jueces y magistrados especializados en el derecho sustantivo del trabajo, así como en el derecho procesal del trabajo, basados en la oralidad, intermediación, concentración, impulso oficial y primacía de la realidad.

En la mayor parte de países el número de jueces y magistrados especializados en materia laboral es sumamente reducido respecto del total de la planta judicial con que cuentan. Una gran cantidad de jueces civiles deben atender también y resolver casos de naturaleza laboral sin estar especializados en la materia.

La justicia especializada de trabajo es considerada una condición *sine qua non* para estar en capacidad de cambiar el sistema escrito por el sistema oral de juicios laborales, toda vez que este sistema exige una preparación y capacitación del juez, así como una organización de los juicios totalmente distinta a la de los juicios escritos, incluyendo una infraestructura especial (salas de audiencia, grabación de vídeo y audio, entre otros). La especialidad de la materia laboral ha motivado a la creación de juzgados especializados en todos los países de América Latina, pero

(19) Cfr. CIUDAD REYNAUD, Adolfo. “Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina”. En: *Trabajo y seguridad social: Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, Lima, 2008, pp. 553-590.

(20) SÁEZ, Felipe. “La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: Algunas consideraciones estratégicas”, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Cooperación Jurídica, OEA, en: *Reforma Judicial en América Latina: Una tarea Inconclusa*, p. 16; en: <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm>>.

no en la totalidad del territorio nacional, limitándose en muchos casos la especialidad de los jueces laborales a la ciudad capital y a las capitales de provincias, en el mejor de los casos.

Como se verá más adelante, la reforma procesal chilena ha hecho énfasis, además de la oralidad, en la especialización, al incrementar de 20 a 81 los juzgados especializados de trabajo a nivel nacional.⁽²¹⁾

La oralidad y la especialización es, justamente, la tendencia a nivel mundial y no solo para los procesos laborales, sino también para penales y civiles. En América Latina todas las reformas procesales que se han emprendido en los últimos años han tenido como objetivo fundamental la reducción de la duración media de los procesos. Nos referimos a los casos de Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay, Venezuela, y recientemente Perú; en donde en todos los casos el objetivo fundamental ha sido el cambio de sistema judicial laboral escrito por el sistema judicial oral.⁽²²⁾

Como bien lo señala PASCO, “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”.⁽²³⁾

La oralidad, a su vez, es lo único que nos permite hacer realidad los demás principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, impulso oficial y primacía de la realidad, entre otros.

A este respecto, 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”⁽²⁴⁾. En ese mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España, que precisa que “Los principios invocados por el art. 74 LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la intermediación 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)”⁽²⁵⁾.

(21) TAPIA GUERRERO, Francisco. “El nuevo procedimiento en juicio del trabajo en la Ley 20087/06”, multigrafiado, p. 3. Una primera versión de este trabajo se publicó en *Revista de Derecho Social Latinoamérica* N° 2, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2007.

(22) Cfr. CIUDAD. Ob. cit., pp. 553-590.

(23) 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.

(24) 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.

(25) *Ibíd.*, p. 579.

A este respecto PASCO señala que oralidad –concentración– intermediación y celeridad se encuentran “íntimamente ligados entre sí y virtualmente inseparables”⁽²⁶⁾

En efecto, la oralidad permite que se concreten los demás principios procesales, entre estos la intermediación. A este respecto, GÓMEZ DE LIAÑO señala que la “**intermediación** viene de *mediatezza* 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”.⁽²⁷⁾ En el mismo sentido DE LA VILLA se refiere al principio de intermediación 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,”⁽²⁸⁾ 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,⁽²⁹⁾ y estas sean valoradas a base de la impresión recibida.

Respecto de la intermediación JAIME es muy claro cuando indica que “En los juicios escritos el juzgador tiene solo una referencia mediata, para formarse una idea del asunto debe leer una narración, un cuento que alguien le refiere, en tanto que cuando se produce el debate oral y la evacuación oral de las pruebas, todo ello tiene lugar delante del juez que va decidir el asunto que se somete a su conocimiento, de esta manera el juez tiene acceso directo a la prueba”.⁽³⁰⁾

A su vez la **concentración** tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Sin embargo, “(...) significa ante todo que las diferentes bases o periodos procesales se realizan en unidad de acto, sin la posibilidad de compartimentación estanca”.⁽³¹⁾ Este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Como bien lo destaca ECHANDÍA “Lo que se requiere es que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad”⁽³²⁾.

Otro aspecto de singular importancia que la oralidad posibilita es el **impulso oficial** del juez, que es complemento de los principios antes enunciados, pero

(26) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del derecho procesal del trabajo*, AELE, Lima, 1997, p. 71.

(27) Cfr. GOMEZ DE LIAÑO, Fernando. *Derecho procesal laboral* (5ta ed.), Fórum, Barcelona, 1995, p. 99.

(28) DE LA VILLA, Op.cit., p. 576.

(29) ESPAÑA. *Real Decreto 2/1995. Aprobación del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*. 7 abril 1995; *Ley 1/100 de Enjuiciamiento Civil*, 7 de abril del 2000, artículo 137.

(30) JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando. “El proceso laboral Venezolano”, multigrafiado, San Cristóbal, noviembre 2009, p. 6.

(31) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a todas clases de proceso* (2 ed.) Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 67.

(32) *Ibidem*.

que sobre todo se encuentra asociado al principio de oralidad. Para tales juicios por audiencias se requiere la participación activa del juez para dirigir el proceso y para conducir la audiencia. El juez es quien debe impulsar el proceso desde el inicio hasta su conclusión y debe participar directa y personalmente en el debate como en la tramitación y sustanciación del proceso.⁽³³⁾

De igual forma, el principio de la realidad de los hechos o el de **primacía de la realidad**, resulta de mucha importancia en el sistema procesal oral. Como se sabe, este principio de tradicional aplicación en materia laboral consiste en “la primacía de los hechos sobre las formas”, lo que implica que es más importante lo que ocurre en la práctica, que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o que aparezca de documentos, formularios o instrumentos de control.⁽³⁴⁾ Este principio resultará de gran utilidad en el momento del debate oral entre las partes dirigido por el juez en la audiencia, pues se tenderá a la búsqueda de la verdad material por encima de lo que las partes afirmen o intenten probar.

Un aspecto adicional muy importante es el relativo a la **publicidad**, pues a través de ella “se permite a la ciudadanía tener acceso al proceso junto con las partes, con el fin de que pueda hacerse su propio criterio sobre el caso tratado, con lo que se busca la transparencia en el proceso (...). Finalmente a través de la publicidad se puede realizar el control popular de administración de justicia, base de todo sistema democrático”⁽³⁵⁾. En efecto, en la medida que se persigue que la administración de justicia deba ser transparente, “la publicidad de las actuaciones y de las decisiones es uno de los pilares del sistema y el conocimiento de los precedentes es lo que permite el respeto del principio de igualdad ante la justicia”⁽³⁶⁾.

Hay que indicar que la publicidad debe ser entendida tanto en lo que respecta a la forma de realización de la audiencia de manera que sea de público acceso, como la publicidad de las sentencias de los jueces, que deben ser publicadas electrónicamente en la página *web* del Poder Judicial el mismo día de su emisión. Todo lo que resuelva la justicia laboral debe poder ser de público conocimiento de la ciudadanía, como contribución a la transparencia con que debe actuar la administración de justicia laboral.

Finalmente, en relación con los principios procesales, aunque no relacionada con la oralidad, no puede dejarse de mencionar la importancia de la **gratuidad**. A través de este principio se enfatiza que el acceso a la justicia laboral debe posibilitarse sin costo alguno para los litigantes. Esto implica que no se establezcan tasas, aranceles ni pago alguno para la presentación de escritos o para la realización de

(33) Cfr. CIUDAD. Ob. cit.

(34) OCHOA DE PATIÑO, Andrea. “La oralidad en el proceso laboral venezolano”. En: *Revista Jurídica*. Venezuela: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2003, p. 8, citando a Américo Plá; en: <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=27>.

(35) OCHOA. Ob. cit., p. 7.

(36) GREGORIO, Carlos. *Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., mayo 1996, p. 12.

audiencias o actos procesales. La administración de justicia es uno de los derechos básicos de los ciudadanos, por lo que estos deben poder hacer uso de la misma sin tener que pagar por ella. Los impuestos directos e indirectos que se cobran a trabajadores y empleadores deben poder financiar una apropiada administración de justicia.

En aplicación de este principio podría considerarse la creación de servicios de asistencia legal para trabajadores que no puedan financiar el costo de una defensa legal. Los procesos por audiencias son de mucha complejidad y exigen una agilidad y solvencia suficiente para manejarse ante el juez en la sustentación de posiciones y en la actuación de pruebas. Si bien el juez debe intervenir en forma protagónica en las audiencias, esto no sustituye, sino por el contrario, conviene a ambas partes la asistencia por un letrado. Podría considerarse entonces en la creación de Defensorías Públicas de Trabajadores, también llamadas Procuradurías del Trabajo, que tengan como objetivo prestar asistencia legal a trabajadores, y a micro empresarios, con carácter gratuito para su defensa ante los tribunales, cuando estos no puedan solventar los gastos que ello implica.

Reducción de duración de los procesos

La experiencia internacional ha demostrado que el sistema procesal oral reduce enormemente la duración de los procesos, como es el caso por ejemplo de los procesos laborales en España, país que desde hace setenta años aplica la oralidad en materia laboral. El resultado es sorprendente sobre todo si nos atenemos a la duración del procedimiento en la primera instancia que en promedio es de 5,4 meses, pero si se desagrega esa información en función del tipo de asuntos que son de su competencia, tenemos que la duración promedio de la primera instancia para casos de conflictos colectivos es de 3,6 meses; para despidos 2,8 meses; para procesos por cantidades 6,5 meses; y para casos de seguridad social 6,4 meses; tal como se aprecia del cuadro consignado a continuación.

Órganos de la Jurisdicción Social					
	2008	2007	2006	2005	2004
Jdos. de lo Social	5,4	5,5	5,3	5,2	5,0
T.S.J. Sala Social	7,8	8,0	7,8	7,5	7,2
A. Nacional. Sala Social	3,8	3,5	4,1	4,5	3,8
Tribunal Supremo Sala 4ª	12,3	13,1	14,0	13,5	11,4

Asuntos de los Juzgados de lo Social					
	2008	2007	2006	2005	2004
Conflictos colectivos	3,6	3,3	3,6	3,4	2,9
Despidos	2,8	2,7	2,7	2,8	2,7
Cantidades	6,5	6,3	6,0	5,7	5,4
Seguridad Social	6,4	6,2	6,0	5,7	5,7

Fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, **La Justicia Dato a Dato**, Año 2008, Estadística Judicial, en www.poderjudicial.es, p. 86.

Necesidad de modalidades procesales especiales

- **Tutela de derechos fundamentales**

Un tema adicional que debe tenerse en consideración es la necesidad de procesos especiales para la tutela derechos fundamentales. No puede aplicarse las reglas del proceso ordinario a todos los casos, sino que deben establecerse reglas simples y de celeridad acentuada para los casos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, que pueda implicar la suspensión del acto impugnado con el objeto de evitar lesiones de carácter irreparable. Entre estos pueden citarse casos de discriminación, como la antisindical, la discriminación por género, el acoso moral o sexual, que también son formas de discriminación, el respeto y protección a la vida privada del trabajador, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia y de opinión, situaciones de trabajo forzoso, trabajo infantil, impugnación de despidos individuales, despidos colectivos por causas económicas, impugnación de sanciones, entre otras.

Conforme nos señala TAPIA, la reforma procesal laboral chilena incorporó la “tutela de los derechos fundamentales” en forma bastante amplia, refiriéndose a “aquellos casos en los que se ha producido vulneración de los derechos reconocidos en el inciso 1 del núm. 1 del artículo 19 constitucional, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; en el núm. 4, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; en el núm. 5, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; en el núm. 6 inciso primero, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público; en el núm. 12 inciso 1, la libertad de opinión y al de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio; y en el núm. 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso 4, cuando estos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades de dirección del empleador. También es competencia del tribunal cuando se trata de actos discriminatorios de acuerdo al artículo 2 del Código del Trabajo, con excepción de su inciso sexto”.⁽³⁷⁾

Este tipo de lesiones, requieren una acción inmediata del aparato jurisdiccional por lo que deben tener una atención preferente y ser tramitados antes que otras, incluso de las que fueron ingresadas con anterioridad al despacho judicial.

Para la atención de este tipo de casos, el modelo procesal laboral español prevé procesos especiales para varios supuestos específicos, entre los que destaca el previsto para la tutela de la libertad sindical, cuya tramitación, tiene carácter

(37) TAPIA GUERRERO, Francisco. Ob. cit., p. 11.

urgente.⁽³⁸⁾ El actor tiene la posibilidad, además, de solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, en cuyo caso se cita a audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas), en la que solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada. El órgano judicial resuelve en el acto, mediante auto dictado de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación⁽³⁹⁾.

Posteriormente se cita a la audiencia de juicio y la sentencia declara la existencia o no de la situación denunciada, y en caso afirmativo, previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, ordena el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera⁽⁴⁰⁾.

Adicionalmente, el Título II de la Ley de Procedimiento Laboral española, prevé procesos especiales para: los despidos y sanciones, la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción, vacaciones, materia electoral, clasificaciones profesionales, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, permiso de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, la seguridad social, el proceso de conflictos colectivos, la impugnación de convenios colectivos, la impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación⁽⁴¹⁾.

- **Proceso de conflictos colectivos**

Entre estos procesos especiales conviene destacar el proceso de conflictos colectivos, que está relacionado con la libertad de funcionamiento de las organizaciones sindicales de empleadores y de trabajadores, una de las expresiones de la libertad sindical. El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) confiere a las organizaciones de trabajadores y de empleadores “el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de *organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción*”⁽⁴²⁾.

(38) Artículo 177.1. En: ESPAÑA. *Real Decreto 2/1995. Aprobación del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*. 7 abril 1995.

(39) Artículo 178, *ibídem*.

(40) Artículo 180, *ibídem*.

(41) Cfr. Título II, *ibídem*.

(42) El artículo 3 del Convenio 87 señala: “1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

Este precepto ha sido interpretado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el sentido que “La libertad sindical confiere a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de *organizar con plena libertad sus actividades* y de formular su programa de acción, *con miras a defender todos los intereses profesionales de sus miembros, dentro del respeto de la legalidad*”⁽⁴³⁾. De otra parte, el Comité de Libertad Sindical ha señalado reiteradamente que “la libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a *actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales*”⁽⁴⁴⁾.

Esa capacidad de las organizaciones sindicales de empleadores y de trabajadores para defender los intereses profesionales de sus miembros dentro del respeto de la legalidad, así como aquella posibilidad de entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales, así como por su calidad de derecho fundamental,⁽⁴⁵⁾ resulta congruente que tenga una expresión especial en materia procesal laboral, constituyéndose en un cauce idóneo para el tratamiento de los derechos colectivos de los trabajadores representados por sus organizaciones representativas. Sin duda los empleadores preferirán discutir en un solo proceso el mismo problema que discutirían en decenas o cientos de procesos idénticos.

El denominado “proceso de conflicto colectivo” es de larga data en el proceso laboral español. Esta modalidad procesal es congruente con el haberse asignado a la libertad sindical la categoría de principio y derecho fundamental en el trabajo por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, de 1998, así como por lo que expresan los convenios 87 y 98 de la OIT, y demás instrumentos complementarios de la OIT.

En el mismo sentido se han pronunciado los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, inciso 4,⁽⁴⁶⁾ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8, inciso a),⁽⁴⁷⁾ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

(43) OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 89) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CIT 1994, Ginebra, 1994, p. 60.

(44) OIT, *La libertad sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ta Edición (revisada), Ginebra, 2006, pág.109.

(45) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, fue establecido como uno de los principios relativos a los derechos fundamentales, por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, aprobada en la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, en junio de 1998.

(46) “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse *para la defensa de sus intereses*”.. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Ratificación por el Perú mediante Resolución N° 13282

(47) “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización

Políticos;⁽⁴⁸⁾ y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8, inciso 1, apartado a)⁽⁴⁹⁾.

En consecuencia, queda claro que, con jerarquía supra legal, está reconocido el derecho a la libertad sindical que incluye en forma inexorable la capacidad legal y legitimación procesal plena de las organizaciones de empleadores y de las organizaciones de trabajadores, toda vez que tal derecho ha sido otorgado para la defensa y protección de los intereses de sus intereses, sin ningún tipo de limitación. Así se expresan todos los instrumentos internacionales referidos que precisan que se reconoce a toda persona el derecho de sindicalización “para la defensa de sus intereses” (la Declaración Universal), “para promover y proteger sus intereses económicos y sociales” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y “para la protección y promoción de sus intereses” (Protocolo Adicional a la Convención Americana).

De la Villa, al comentar el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral española, 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”⁽⁵⁰⁾.

El proceso de conflicto colectivo es una novedad importante en materia procesal laboral pues tendería a aligerar la carga procesal al concentrar un solo proceso innumerables casos individuales idénticos, que solo se diferencian en la cuantía de los reintegros que corresponderían a cada trabajador. En este proceso se tratan de controversias sobre interpretación o aplicación de normas que afectan a un “grupo genérico de trabajadores”, y por lo tanto, la jurisdicción laboral debe darle el tratamiento de un solo proceso. No tiene ningún sentido que el Estado desperdicie

correspondiente, *para promover y proteger sus intereses económicos y sociales*”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.

(48) “Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos *para la protección de sus intereses*”. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.

(49) “Los Estados Partes garantizarán: El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, *para la protección y promoción de sus intereses*”.. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”*. El Salvador, 1988.

(50) DE LA VILLA. Ob. cit., pp. 1121-1122.

sus escasos recursos realizando decenas y centenares de procesos idénticos, cuando podría realizar uno solo con mayor profundidad y sin el riesgo de incurrir en sentencias contradictorias que solo generan mayores pleitos.

Como quiera que este proceso afecta a un colectivo de trabajadores, y por lo tanto se trata de una afectación mayor que un caso individual, debe también tener carácter de urgente y la preferencia en el despacho debería ser absoluta sobre cualquiera otra, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Una prescripción en ese mismo sentido la encontramos en el art. 157 LPL española⁽⁵¹⁾.

En estos casos, en el proceso laboral español, la sentencia debe dictarse dentro de los tres días siguientes del acto de juicio y produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto (art. 158 LPL). Esto implica que, como corresponde al principio de seguridad jurídica, el caso se discute una sola vez para el colectivo de trabajadores que lo plantee.

En estos procesos el objeto litigioso es la forma cómo debe aplicarse la ley o el convenio a un colectivo de trabajadores, sin que sea necesario establecer sumas líquidas de reintegros salariales. Con los criterios establecidos en la sentencia, las sumas resultantes a pagar, si las hubiera, son liquidadas espontáneamente por la empresa demandada, y si con posterioridad subsisten discrepancias sobre la forma liquidar los posibles reintegros a que haya lugar, los trabajadores podrían interponer demandas individuales que luego pueden acumularse y resolverse también en forma conjunta.

La experiencia española a este respecto nos señala que una vez que están establecidos los criterios de derecho respecto a la forma cómo debe aplicarse la ley o el convenio al colectivo de trabajadores, las empresas realizan los cálculos del caso con la información que tienen disponible y pagan directamente a los trabajadores representados por el sindicato sin que sea necesario peritajes de contadores externos. Esto es así en la medida que los empleadores tienen toda la información disponible y por lo general de manera computarizada, por lo que no les es demasiado complicado definir lo que adeudan a cada trabajador.

- **Proceso monitorio**

Pereira⁽⁵²⁾ señala que el proceso monitorio es una institución procesal poco conocida en nuestra cultura jurídica, y que en América solo existe en algunos países como Brasil, Uruguay, Chile y Argentina. Pero al conocer sus características se

(51) “Artículo 157.- Este proceso tendrá carácter urgente. 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”.

(52) PEREIRA, Rafael. *El procedimiento monitorio laboral*. Santiago, 2010, p. 5 y ss. Para esta parte se sigue fundamentalmente a este autor.

concluye sobre su potencialidad como instrumento que salvaguardando la bilateralidad y derecho de las partes, permite evitar procesos inútiles donde la contradicción resulta innecesaria pero que debe cumplirse por la estructura procesal, destinando los tribunales y las partes recursos que podrían dirigirse a otros asuntos.⁽⁵³⁾

El proceso monitoreo hace referencia a un aviso o advertencia, procediendo de la raíz latina “monitorius” que significa amonestar. En este sentido, procede del sustantivo “monición” que es equivalente a “consejo que se da o advertencia que se hace a uno”.

Según da cuenta PEREIRA, el profesor Alvaro 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”.⁽⁵⁴⁾

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”⁽⁵⁵⁾. 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.

Sistemas de solución de conflictos prejudiciales

Finalmente, debe prestarse especial atención al desarrollo de sistemas administrativos o alternativos de solución de conflictos de naturaleza prejudicial, con el objeto de que solo después de su agotamiento pueda accederse a los tribunales de justicia. Esto permite evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales a través de la conciliación, mediación y arbitraje voluntario de carácter administrativo, con el objeto de solucionar extrajudicialmente los conflictos que de otra forma van a contribuir a congestionar los juzgados laborales.

Está demostrado que tales sistemas tienen una efectividad en la solución de los conflictos que oscila entre el 50% al 80%. Resulta entonces conveniente que conjuntamente con la normativa procesal judicial, se dicten disposiciones complementarias y se dote del presupuesto necesario a los Ministerios de Trabajo, para la instauración de un eficiente y profesionalizado sistema administrativo de conciliación y mediación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo.

(53) PEREZ, Álvaro (2006). *Revista de Derecho*, Vol. XIX N° 1, julio 2006, Valdivia, pp. 205-235, citado por PEREIRA.

(54) PEREZ, Alvaro. Ob. cit., citado por PEREIRA.

(55) DE GÓMEZ, citado por Cristóbal Macías (2002) y PEREIRA. <www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php>.

EL LADO OSCURO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Carlos Cornejo Vargas

I. INTRODUCCION

El 15 de enero del año 2010, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo (**NLPT**), la misma que dispone la derogación de la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo, e introduce un cambio radical en el sistema de administración de justicia laboral, el mismo que basándose en el desarrollo tecnológico se traduce en una palabra: oralidad.

En palabras de Mario Pasco Cosmópolis, destacado laboralista peruano, la oralidad no es un simple atributo, sino un carácter que califica todo un sistema procesal que permite la consecución y la eficacia de las otras características del proceso laboral: intermediación, concentración, sencillez y celeridad ⁽¹⁾.

Reforzando lo anterior, el mismo autor afirma que “la oralidad no es un prurito de modernidad, sino el prerrequisito, la condición sine qua non para hacer operativo un proceso laboral con los principios del Derecho Procesal del Trabajo que lo hacen uno sustantivamente diferente del común” (sic) ⁽²⁾.

A su turno, y con la finalidad de destacar también las bondades de la **NLPT** Luis Vinatea, otro destacado laboralista peruano, afirma que el proceso laboral se

(1) Pasco Cosmópolis, Mario. “Oralidad, El Nuevo Paradigma”. En: *Soluciones Laborales* N° 25, Enero 2010, p. 55.

(2) Pasco Cosmópolis, Mario. “Características del proceso laboral. La oralidad”. En: *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Agosto 2005, p. 53.

convertirá en un “(...) proceso basado en el uso de la tecnología; efectivo y dirigido a facilitar que la norma se haga efectiva. Para ello, busca mostrarse tan eficaz que actúe como un desincentivo al incumplimiento, de tal forma que o evite el incumplimiento o lleve a una conciliación del conflicto en su etapa inicial” (sic)⁽³⁾.

Frente a las limitaciones de la vigente Ley Procesal del Trabajo, es necesario reconocer que resultaba oportuno proponer un cambio en la forma de resolver los conflictos laborales que llegan a la autoridad jurisdiccional. Sería absurdo no reconocer que era necesario un cambio en el proceso laboral, a efectos de incorporar el uso de la tecnología y de acoger el principio de oralidad que en experiencias cercanas y afines a la nuestra viene dando muy buenos resultados.

A partir de ello se entiende porque uno de los principales impulsores de la **NLPT** le haya dado una calurosa “bienvenida” y haya apostado por ella calificándola como salto cualitativo para la administración de nuestra justicia laboral⁽⁴⁾.

II. DEFICIENCIAS

A pesar de las bondades y de los aciertos que trae la nueva legislación procesal, la **NLPT** también trae deficiencias e inconsistencias que es necesario mencionar y comentar.

En las líneas siguientes nos referimos a algunas de ellas, pues no es pretensión del presente trabajo agotar el tema.

1. No se cumple con la aplicación temporal señalada

Como ya ha quedado dicho, el 15 de enero pasado se publicó la **NLPT**, la misma que en su Novena Disposición Complementaria establece “La presente Ley entra en vigencia a los seis (6) meses de publicada en el Diario Oficial El Peruano, a excepción de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias, que entran en vigencia al día siguiente de su publicación (...)” (sic).

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte claramente que el 16 de enero del año 2010, entró en vigencia lo establecido en las ocho (8) Disposiciones Transitorias de la referida Ley.

Las Disposiciones Transitorias de la **NLPT** establecen que:

- (i) El Poder Judicial (**PJ**) debe implementar una red electrónica para la notificación de las resoluciones judiciales mediante correo electrónico y un soporte informático para el manejo de los expedientes electrónicos;

(3) VINATEA RECOBA, Luis. “La oralidad en el proceso laboral”. En: *El Peruano*. Lima, 21 de octubre del año 2009, p. 15.

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Oralidad, El Nuevo Paradigma*. Ob. cit., pp. 54 a 60.

- (ii) El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (**MTPE**) con la colaboración del **PJ** debe implementar una base de datos pública sobre jurisprudencia y precedentes vinculantes; y sobre información estadística de procesos laborales en curso;
- (iii) El **MTPE** con la colaboración del **PJ** debe implementar un sistema informático, de acceso público, que permita el cálculo de beneficios sociales;
- (iv) El **MTPE** debe implementar un sistema de remisión electrónica de la información contenida en las planillas electrónicas;
- (v) El **PJ** creará e instalará Juzgados y Salas Laborales en los distritos judiciales que lo requieran para brindar un servicio de justicia más eficiente;
- (vi) El **PJ** desdoblará las Salas Laborales en Tribunales Unipersonales para que resuelvan en segunda y última instancia causas cuya cuantía no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (**URPs**), esto es, S/.25,200.00 (VEINTICINCO MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES);
- (vii) El **PJ** aprobará los formatos de demanda para los casos de obligaciones de dar sumas de dinero que no superen el monto de las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (**URPs**), esto es, S/.25,200.00 (VEINTICINCO MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES); y
- (viii) Las instituciones correspondientes deben ejecutar las acciones necesarias para la aplicación de la **NLPT** y con cargo a sus presupuestos institucionales sin que ello demande recursos adicionales al Tesoro Público.

De la revisión de lo anterior, se advierte que entre las disposiciones de la **NLPT** que a la fecha ya han entrado en vigencia, es posible distinguir entre mandatos de aplicación inmediata y otros de aplicación diferida. Entre los primeros contamos a los contenidos en los numerales (i), (ii), (iii), (iv) y (vii), los cuales a la fecha ya son exigibles.

No obstante lo anterior, de acuerdo a la información a la que se tiene acceso, en materia laboral las notificaciones no son realizadas por correo electrónico, sino de la manera tradicional, esto es, por cédula; y aunque el **MTPE** ha implementado una base de datos de jurisprudencia en materia laboral, está aún no está sistematizada y no existen estadísticas sobre los procesos laborales en trámite.

El **PJ** ha aprobado antes de la entrada en vigencia de la **NLPT** los formatos de demanda para los procesos de obligaciones de dar sumas de dinero por montos no mayores a las setenta (70) **URPs**⁽⁵⁾.

(5) Mediante Resolución Administrativa N° 198-2010.CE-PJ de fecha 7 de julio del año 2010, se aprueban los formatos de demanda laboral ante los Juzgados de Paz Letrado y ante los Juzgados Especializados con competencia en materia laboral.

De acuerdo a la información existente, la misma que se puede verificar ingresando al link <http://mintra.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/> se advierte que el **MTPE** ha implementado un sistema para el cálculo de beneficios sociales y de intereses legales; y de consulta en líneas sobre información de planillas electrónicas, aunque no está claro todavía el procedimiento para la atención de los requerimientos judiciales; lo que revela que el cumplimiento de las Disposiciones Transitorias de la **NLPT** es solo parcial.

En este sentido, pareciera que la **NLPT** nació con cierto apresuramiento, pues a la fecha en que se decidió su promulgación y posterior publicación en el Diario Oficial El Peruano, era absolutamente posible verificar si el **PJ** y el **MTPE** habían ya cumplido con la tarea señalada por la referida ley, o si estaban en condiciones de ejecutar acciones inmediatas para dar cumplimiento a lo establecido en la **NLPT**.

Reforzando lo anterior, sería posible afirmar que la **NLPT** nació como un niño prematuro, con varias afecciones a la salud, que fue necesario llevar de manera inmediata a la incubadora, y que no obstante el tiempo transcurrido hasta la fecha (*más de un semestre*), aún no logra superar la situación crítica, aunque se espera que antes de fin de año (*con su aplicación progresiva en varios Distritos Judiciales del país*) pueda salir adelante y mostrar no solo ganas sino también condiciones normales para vivir. Solo de ese modo podremos afirmar que la **NLPT** no nació muerta.

2. Se presume indebidamente la existencia de una relación de trabajo

El numeral 23.2 del artículo 23 de la **LNPT** establece que “(...) Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario” (sic).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que la **NLPT** no quiere estar ajena a la calificación de la existencia de una relación de trabajo, empero, al realizar la referida calificación comete un exceso y vulnera lo establecido por la legislación laboral vigente.

Ciertamente, la ley adjetiva dispone que toda prestación personal de servicios verifica la existencia de una relación de trabajo, sin tener en cuenta que para la existencia de aquella (*de la relación de trabajo*) es indispensable, además, que la prestación de servicios se ejecute a cambio del pago de remuneración y en un régimen de subordinación, lo que –reiteramos– no es considerado por la **NLPT**.

Complementando lo anterior, cabe señalar que lo regulado por el numeral 2) del artículo 23 de la **NLPT** vulnera lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (**LPCL**), aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual dispone en su primer párrafo que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)” (sic). La claridad de la disposición transcrita nos libera de la necesidad de realizar comentarios adicionales sobre el particular.

No obstante lo anterior, conviene destacar que lo establecido en la **NLPT** rompe la regla general según la cual quien afirma un hecho debe probarlo, y además, modifica la pauta contenida en la vigente Ley Procesal del Trabajo, la cual obliga al trabajador a acreditar la existencia de una relación laboral, en cuyo caso, se genera la obligación del empleador de acreditar que cumplió con todas las obligaciones señaladas por la legislación laboral vigente.

Dicho de otro modo, a partir de la vigencia de la **NLPT** cada vez que se discute la existencia de una relación de trabajo, y el demandante afirme y acredite haber prestado servicios se presumirá que tenía la condición de trabajador, trasladándose al empleador la obligación de acreditar que el demandante no prestó servicios en un régimen de subordinación y que, por ende, no tenía la condición de trabajador, lo que resulta cuestionable pues las reglas de la carga de la prueba determinan que se está obligado a acreditar hechos positivos y no negativos.

Luego, resulta que la **NLPT** desconoce lo establecido en la legislación laboral vigente e introduce reglas probatorias absolutamente cuestionables, que sorprenden si se tiene en cuenta que para saber cuando existe un contrato de trabajo basta ser alumno de los primeros ciclos de cualquier Facultad de Derecho y no un profesional especializado en Derecho del Trabajo.

3. La conciliación y la transacción serian practicamente imposibles

El artículo 30 de la **NLPT** establece que “(...) La conciliación y la transacción pueden ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada (...) **Para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso debe superar el test de disponibilidad de derechos**, para lo cual se toman los siguientes criterios:

- a) **El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el Juez verificar que no se afecte derechos indisponibles;**
- b) Debe ser adoptado por el titular del derecho; y
- c) **Debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante (...)** (sic) (el resaltado es nuestro).

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte que para la **NLPT** la conciliación y la transacción podrán ocurrir en cualquier momento del proceso antes de la notificación de la sentencia que adquiera calidad de cosa juzgada, y siempre que se cumpla con lo que se ha tenido a bien denominar “test de disponibilidad de derechos”, el cual obliga a conciliar o transigir solamente derechos laborales positivos, y a que el abogado del demandante participe del acuerdo de las partes.

Al respecto cabe preguntarnos, qué derechos laborales reconocidos por nuestra legislación laboral vigente son disponibles?. La respuesta es casi ninguno, pues el único derecho parcialmente disponible es el derecho a vacaciones, toda vez se puede vender hasta quince (15) días de descanso vacacional. En efecto, la compensación

por tiempo de servicios, las gratificaciones legales, la participación en las utilidades, el seguro de vida, entre otros, son derechos laborales mínimos, imperativos y, por ende, indisponibles. También lo son la jornada laboral y la remuneración, aunque se podrá disponer de aquellos en tanto no se vulnere la parte imperativa, que en el caso de la jornada laboral serán las ocho (8) horas diarias o las cuarenta y ocho (48) horas semanales y que en el caso de la remuneración será la suma de S/.550.00 (QUINIENTOS CINCUENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES), la que corresponde al importe de la Remuneración Mínima Vital (**RMV**).

De acuerdo con lo anterior, no sería posible conciliar ni transigir ningún derecho laboral, salvo los quince (15) días de vacaciones ⁽⁶⁾ y siempre que se discuta un derecho que vulnere la jornada máxima legal y el importe de la **RMV**. Y es que de lo contrario no se superaría el test de disponibilidad de derechos.

Por otro lado, cabe apuntar que tampoco sería posible conciliar en aquellos procesos en los que se discuta el pago de una suma menor a las diez (10) **URPs** o a las setenta (70) **URPs**, en este último caso, siempre que el Juez autorice al demandante a comparecer sin abogado, pues por expreso mandato legal para conciliar y/o transigir es necesaria la participación del abogado del demandante. En ese sentido, teniendo en cuenta que en los procesos en los que se discuta al pago de una suma menor a las setenta (70) **URPs**, se podrá litigar sin la asesoría de un abogado, sería imposible conciliar y/o transigir, pues será también imposible cumplir con la exigencia legal de que participe el abogado del demandante.

El citado artículo 30 de la **NLPT** no establece ninguna excepción a la regla, por lo que creemos que en este caso, cabe aplicar aquel criterio que reza que “no es posible distinguir allí donde la ley no distingue”. Luego, en muchos casos será materialmente imposible concluir procesos por vía de la conciliación o transacción, pues la regulación de la **NLPT** se muestra como absoluta e inflexible.

No obstante lo anterior, cabe preguntarnos si acaso existe otra forma de interpretar el concepto de derechos disponibles? Para responder la interrogante planteada debe tenerse en cuenta que los derechos disponibles son aquellos que pueden abandonarse por decisión unilateral del trabajador o por acuerdo de partes sin que se genere una afectación del orden público laboral, el cual está conformado por la parte indisponible de las normas de derecho necesario relativo (*solo son disponibles para arriba*) y de los máximos de derecho necesario (*solo son disponibles para abajo*), y por las normas de derecho necesario absoluto, las cuales –como su nombre lo indica– son absolutamente indisponibles (*en cualquier sentido*) para las partes.

(6) Incluso en el caso de la reducción de vacaciones sería discutible conciliar o transigir, pues si bien es cierto, la norma permite reducir el descanso vacacional a cambio del pago de una compensación vacacional, no es menos cierto, que el valor de la citada compensación no es disponible para el trabajador, lo que cerraría el espacio para la conciliación y transacción.

Reforzando lo expuesto, cabe señalar que el abandono unilateral de derechos indisponibles y, por ende, mínimos, además implicará una vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos, a partir de lo cual no parece razonable reconocer la validez de una conciliación o de una transacción que vulnere el citado principio, máxime si el mismo tiene sede constitucional ⁽⁷⁾.

En ese sentido, resulta que la regulación de la conciliación y transacción en la NLPT es absolutamente controvertida, por impracticable, lo que llama la atención si se tiene en cuenta que en la elaboración del citado texto normativo han participado destacados laboristas peruanos. Luego, pareciera que es cierto que hasta al mejor cazador se le escapa la paloma.

4. El abandono del proceso es imposible

El artículo 30 de la NLPT establece que “(...) El abandono del proceso se produce transcurridos cuatro (4) meses sin que se realice acto que los impulse. El juez declara el abandono a pedido de parte o de tercero legitimado, en la segunda oportunidad que se solicite, salvo que en la primera vez el demandante no se haya opuesto al abandono o no haya absuelto el traslado conferido” (sic) (el subrayado es nuestro).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que se reconoce al abandono procesal como una forma especial de conclusión del proceso, y que para ello se recoge la regulación contenida en el Código Procesal Civil, cuyo artículo 347 establece que “Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado (...)” (sic).

Lo anterior es destacable porque implica el reconocimiento del principio de seguridad jurídica, el mismo que impide mantener abiertas y de manera indefinida, las relaciones de conflicto y porque además, importa abandonar el criterio contenido en el Acuerdo N° 2 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, el cual proponía que “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 del Trabajo sobre la dirección e impulso del proceso a fin de obtener la resolución de las causas en el menor tiempo posible” (sic), lo que era total y absolutamente cuestionable, pues el carácter protector del Derecho del Trabajo no puede servir de justificación para mantener abiertos procesos laborales de manera prolongada, máxime, si los interesados en su avance los inician y luego los

(7) El numeral 2) del artículo 26 de la Constitución consagra el principio de irrenunciabilidad de derechos señalando que “En la relación laboral se respetan los siguientes principios (...) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”(sic).

“abandonan” a su suerte. Y porque para rechazar la aplicación supletoria del Código Procesal Civil no basta con señalarlo, sino que es necesario fundamentarlo, lo que no sucede en el citado Acuerdo de Pleno Jurisdiccional Laboral.

En otro orden de ideas, cabe señalar que si se tiene en cuenta la celeridad con que debe tramitarse el proceso laboral, tanto en su versión ordinaria como abreviada, es –simple y sencillamente– imposible que transcurran cuatro (4) meses sin actuaciones judiciales, lo que a su vez determina que sea imposible que un proceso laboral concluya por abandono.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la **NLPT** establece en más de una disposición que la autoridad jurisdiccional está obligada a actuar, incluso ante la ausencia o inacción de las partes, incluida la parte demandante, por lo que reiteramos que resulta imposible que se verifique una situación de inactividad procesal por un periodo superior a los cuatro (4) meses. Al respecto, téngase en cuenta en que en el mejor escenario un proceso laboral podría concluir en veintiún (21) días hábiles.

Luego, parece que se perdió de vista que el abandono del proceso es incompatible con el principio de celeridad, el cual ha sido reconocido por la **NLPT** para favorecer el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes. Entonces, para qué se reconoce al abandono como una forma especial de conclusión del proceso? Es que acaso nuestros legisladores también han querido practicar la poesía? Es difícil saberlo, máxime, si se tiene en cuenta que en la exposición de motivos de la Ley no hay datos sobre el particular.

5. La interposicion del recurso de casacion permitiria la revision de hechos y la valoracion de medios probatorios

El artículo 34 de la **NLPT** establece que “El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República (...)” (sic) (el subrayado es nuestro).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que es posible interponer un recurso de casación cuando se verifica una infracción normativa o cuando se vulnera un precedente vinculante del Tribunal Constitucional (**TC**) o de la Corte Suprema.

Refiriéndonos solo al primero de los supuestos mencionados, cabe señalar que nuestra legislación procesal habría optado por permitir la interposición de un recurso de casación en cualquier caso de infracción normativa, la misma que se puede verificar tanto cuando se interprete una norma de manera incorrecta o cuando se violente el contenido de otra, sea esta sustantiva o adjetiva.

En este sentido, sería posible interponer un recurso de casación para cuestionar la incorrecta apreciación de los hechos y/o de los medios probatorios ofrecidos

y actuados por las partes; o en caso se vulnere el derecho de defensa y, por ende, el derecho a un debido proceso, ambos recogidos por los numerales 3) y 14) del artículo 139 de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, el recurso de casación se convertiría en un vehículo para acceder a una tercera instancia a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que atenta contra la finalidad del citado recurso, toda vez que se trata de un recurso impugnativo extraordinario y no ordinario, previsto única y exclusivamente a la revisión y vigilancia de la correcta aplicación e interpretación del derecho.

Luego, en función de las consideraciones precedentemente expuestas creemos que la **NLPT**, aun cuando siga la misma línea de otras disciplinas jurídicas, peca por exceso y expone al recurso de casación a un uso intensivo, abusivo, innecesario y por demás irregular.

6. No se establece plazo para que la corte suprema señale fecha para la vista de la causa

El artículo 37 de la **NLPT** establece que “Recibido el recurso de casación, la Sala Suprema procede a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 35 y 36 y resuelve declarando inadmisibile, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso. Declarado procedente el recurso, la Sala Suprema fija fecha para la vista de la causa.

Las partes pueden solicitar informe oral dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa.

Concluida la exposición oral, la Sala Suprema resuelve el recurso inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo. Excepcionalmente, se resuelve dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la vista de la causa se señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la resolución, bajo responsabilidad. La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la vista de la causa (...)” (sic).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que a partir de la recepción del recurso de casación, la Corte Suprema debe proceder a la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y de procedencia, para acto seguido declarar el recurso como inadmisibile, procedente o improcedente, según corresponda.

La misma disposición dispone que en caso el recurso sea declarado procedente se debe señalar fecha para la Vista de la Causa, precisándose que las partes pueden solicitar el uso de la palabra para informar oralmente durante la citada diligencia dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la realización de la notificación judicial correspondiente.

A renglón seguido, la misma norma señala que concluido el informe oral de las partes, la Corte Suprema cuenta con sesenta (60) minutos para resolver, o con cinco (5) días hábiles, en cualquier caso contados a partir de la conclusión de la Vista de la Causa.

Como se puede advertir, en este caso también se hace referencia específica a la secuencia de hechos que se debe observar para calificar el recurso de casación, para señalar fecha para la Vista de la Causa, para que las partes puedan solicitar el uso de la palabra, y para emitir el pronunciamiento que corresponda. Empero, llama poderosamente la atención que no se precise el plazo con que la Corte Suprema de Justicia cuenta para calificar el recurso y para señalar fecha para la Vista de la Causa. Solo se hace referencia al plazo que tienen las partes para solicitar el uso de la palabra y para emitir la sentencia que corresponda, lo que implica un quiebre y un apartamiento de la forma en que se ha regulado todas las demás etapas del proceso laboral.

A partir de la situación descrita, es legítimo preguntarnos si la Corte Suprema de Justicia de la República goza de algún privilegio o tiene derecho a un tratamiento diferenciado al de las Cortes Superiores. Como es evidente, no es fácil intentar una respuesta, pues se trata de un tema que tiene una sensibilidad especial.

Sin embargo, lo que si es posible afirmar con absoluta convicción es que el artículo 37 de la **NLPT** desconoce cuando no vulnera el principio de celeridad procesal y afecta la línea de acción mostrada por la **NLPT**, que hasta este punto había mostrado una inusual rapidez para regular el proceso laboral. En pocas palabras, la **NLPT** podría graficar de manera exacta la frase: partida de galgos y llegada de tortugas.

7. Los plazos procesales son agresivamente cortos

La ventaja más destacable de la **NLPT** es la significativa reducción en la duración de los procesos laborales. Ciertamente, la intención y objetivo de la **NLPT** es reducir la duración de los procesos laborales de cuatro (4) años a seis (6) meses.

A tal efecto, se ha regulado en detalle la calificación de la demanda y de los recursos impugnativos, estableciéndose plazos específicos para la calificación, para señalar la oportunidad de las diligencias procesales y para emitir sentencias, lo que no llamaría la atención si no se tiene en cuenta que los plazos bajo comentario aparecen como próximos y agresivamente cortos.

El plazo para calificar una demanda es de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de interposición de la demanda; el plazo para señalar fecha para la Audiencia de Conciliación o Audiencia Única es de veinte (20) a treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de calificación de la demanda; el plazo para emitir sentencia es de sesenta (60) minutos contados desde la conclusión de los alegatos de las partes durante la Audiencia de Juzgamiento o el informe oral de las partes

durante la Vista de la Causa; y el plazo emitir y/o notificar la sentencia de Juzgado, Sala Laboral o Corte Suprema es de cinco (5) días hábiles contados desde la fecha de los alegatos o de la Vista de la Causa.

La revisión de los plazos antes mencionados confirma lo señalado en uno de los párrafos anteriores en el sentido de que estamos ante plazos próximos, cercanos, inmediatos y agresivamente cortos.

¿Es conveniente establecer plazos procesales más cortos? ¿Cuál será el efecto de tener plazos procesales más cortos? ¿Estamos preparados para trabajar con plazos procesales más cortos? Es evidente que lo que se busca con el establecimiento de plazos procesales más cortos es la reducción de la duración de los procesos laborales, los que actualmente tienen una “excesiva” duración promedio de cuatro (4) años.

No es posible afirmar con certeza si la reducción de los plazos procesales generará la reducción de la duración de los procesos laborales, pues esta última no depende únicamente de la duración de los plazos, antes bien, depende de la capacidad del aparato de administración de justicia para respetar y cumplir los referidos plazos. Ciertamente, no se gana absolutamente nada con reducir los plazos, si los mismos no serán respetados por quienes están obligados a cumplirlos.

En ese sentido, es preciso responder a la última de las interrogantes planteadas, pues solo de ese modo se podrá saber si es bueno o malo, positivo o negativo haber reducido de manera tan significativa los plazos procesales en materia laboral. Así pues, y esperando estar equivocado considero que nuestro sistema de administración de justicia en materia laboral no está preparado aún para afrontar y enfrentar plazos procesales tan agresivamente cortos.

Para agilizar la respuesta del **PJ** se necesita mucho más que una modificación legislativa. Se necesita capacitación de magistrados y de auxiliares jurisdiccionales, se necesita infraestructura adecuada, se necesita soporte tecnológico, se necesita un rediseño de procesos, se necesita presupuesto y sobretodo voluntad de cambio.

Teniendo en cuenta que para la aplicación de la **NLPT** no se ha previsto la creación de nuevos Juzgados Laborales ni la designación de nuevos magistrados, el sentido común nos informa que resulta absolutamente improbable que se cumpla con los nuevos plazos de la **NLPT**.

Si a la fecha, los plazos procesales siendo más largos y extensos no se cumplen, es improbable –por no decir imposible– que los nuevos plazos se respeten y observen. Ciertamente, el sentido común nos lleva a afirmar que con las mismas condiciones no será posible atender de manera más rápida la demanda de administración de justicia, máxime, si esta última se incrementa, como sería previsible⁽⁸⁾.

(8) La expectativa por acceder más rápida y fácilmente a la justicia a partir de la aplicación de la **NLPT**, seguramente incrementará el número de demandas laborales. Véase, numeral 3) de las Apreciaciones Finales

Dicho de otro modo, si un atleta no puede recorrer diez (10) kilómetros en dos (1) horas porque no tiene la capacidad física para hacerlo, menos será posible que recorra veinte (20) kilómetros en una (1) hora.

Luego, no queda otra opción que, como si fueran atletas que se entrenan para las Olimpiadas, preparar a nuestros magistrados para que estén en condiciones de resolver más rápido y más expeditos, y a partir de ello, afrontar una mayor carga procesal, pues el trabajo jurisdiccional no es como una carrera de velocidad sino como una de resistencia.

8. Se sobreestima la capacidad de respuesta de algunos distritos judiciales

Es un hecho objetivo que la **NLPT** señaló que entraría en vigencia a los seis (6) meses de publicada, que transcurrido el referido plazo solo entró en vigencia en un único distrito judicial⁽⁹⁾, que a la fecha (*31 de agosto del año 2010*) ya ha entrado en vigencia en dos (2) distritos judiciales⁽¹⁰⁾, y que a la fecha también se ha establecido un cronograma para la aplicación de la **NLPT** en otros tres (3) distritos judiciales⁽¹¹⁾, entre los cuales no se incluye al distrito judicial de Lima.

En ese sentido, es preciso señalar que a casi ocho (8) meses de haberse publicado la **NLPT** no existe fecha probable de aplicación de la misma en el Distrito Judicial más importante del país: Lima.

Y porque la **NLPT** no ha entrado en vigencia en el Distrito Judicial de Lima? Porque las condiciones para ello no están dadas, lo que se traduce en falta de infraestructura, de soporte tecnológico, de capacitación y de personal especializado por falta de presupuesto.

Además, era necesario, como lo han afirmado varios especialistas ⁽¹²⁾, probar con la aplicación de la **NLPT** en un Distrito Judicial pequeño, para después de haber

del presente documento.

- (9) La Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ, de fecha 7 de julio del año 2010, dispuso que la nueva Ley Procesal del Trabajo entre en vigencia en el Distrito Judicial de Tacna el 15 de julio del año 2010.
- (10) La Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ, dispuso que la nueva Ley Procesal del Trabajo entre en vigencia en el Distrito Judicial de Cañete el 16 de agosto del año 2010.
- (11) La Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ, establece un cronograma de implementación de la nueva Ley Procesal del Trabajo para el presente año, según el siguiente detalle:
Distrito Judicial de La Libertad, a partir del 1 de setiembre del año 2010;
Distrito Judicial de Arequipa, a partir del 1 de octubre del año 2010; y
Distrito Judicial de Lambayeque, a partir del 2 de noviembre del año 2010.
- (12) Para justificar la aplicación progresiva de la **NLPT** se afirma que "(...) El cambio determina que la norma, que tiene un sustento teórico, tenga que sufrir modificaciones de acuerdo con la realidad de la práctica. Se hace necesario determinar de antemano las deficiencias operativas que se presentarán y que habrá que corregir. Ello hace recomendable que, antes de entrar en vigencia en forma generalizada, sea puesta a prueba en determinados distritos judiciales a título de 'plan piloto', mejorándose esta" (sic). Véase, Elías Mantero, Fernando. "Comentario inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo". En: *Soluciones Laborales*, N° 29, Mayo 2010, p. 83.

verificado y confirmado sus bondades, ejecutar el gasto necesario para implementar su aplicación general.

Eso es lo que se pretende con la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ, de fecha 7 de julio del año 2010, la misma que establece un cronograma de implementación de la **NLPT** durante el año 2010, según el siguiente detalle:

- Distrito Judicial de Tacna 15 de julio del año 2010
- Distrito Judicial de Cañete 16 de agosto del año 2010
- Distrito Judicial de La Libertad 1 de setiembre del año 2010
- Distrito Judicial de Arequipa 1 de octubre del año 2010
- Distrito Judicial de Lambayeque 2 de noviembre del año 2010

Evidentemente se está de acuerdo con la implementación progresiva de la **NLPT**, pues dada la trascendencia del cambio propuesto y la necesidad de invertir para el mismo, parece necesario y además responsable verificar en la práctica que el nuevo esquema de resolución de conflictos funciona, para luego extender la aplicación de la **NLPT** a otros Distritos Judiciales.

Empero, lo que no parece razonable es que la aplicación progresiva se haga de la manera en que ha sido propuesta, pues se empieza por Distritos Judiciales pequeños como los de Tacna y Cañete, lo que por cierto resulta apropiado, para luego (*casi de manera inmediata y sin haber tenido tiempo suficiente para confirmar las bondades del nuevo esquema*) dar un salto enorme y proponer la aplicación de la **NLPT** en tres (3) Distritos Judiciales grandes y de singular importancia, como son los de La Libertad, Arequipa y Lambayeque.

Asimismo, no parece sensato proponer la aplicación progresiva y casi inmediata de la **NLPT** en cinco (5) Distritos Judiciales en menos de cinco (5) meses, y sin haber verificado previamente las bondades del nuevo esquema del proceso judicial.

Disponer la aplicación de la **NLPT** en los Distritos Judiciales de La Libertad, Arequipa y Lambayeque en tan solo dos (2) meses es arriesgado, máxime, si se tiene en cuenta que los referidos distritos guardan correspondencia con tres (3) de las principales ciudades del país después la Lima. Tanto Trujillo, Arequipa como Chiclayo son ciudades con una población importante, con un movimiento y crecimiento económico destacado, con una alta tasa de relaciones interpersonales y comerciales y, por ende, con una mayor tasa de conflictividad, lo que no hace recomendable aplicar la **NLPT** sin antes haber comprobado su efectividad y viabilidad.

Ahora bien, asumiendo que no es posible volver al pasado y evitar la aplicación de la **NLPT** en los Distritos Judiciales antes mencionados, solo queda por afirmar que el Consejo Ejecutivo del **PJ** está sobreestimando la capacidad de respuesta de los Distritos Judiciales de La Libertad, Arequipa y Lambayeque, y que

seguramente al momento de aprobar la aplicación progresiva de la **NLPT** se pensó que quien no arriesga no gana!!!

Sin embargo, creemos que se debió ser menos ambicioso y más conservador, empero, solo el tiempo nos dirá si el Consejo Ejecutivo del **PJ** se equivocó o acertó al aprobar –de la manera en la que lo ha hecho– la aplicación progresiva de la **NLPT**.

III. APRECIACIONES FINALES

A modo de comentario final consideramos importante realizar cuatro (4) apuntes.

En primer lugar, se advierte cierta dosis de apresuramiento en la promulgación y publicación de la **NLPT**, pues no parece haber existido un trabajo previo que verifique y confirme la capacidad de nuestro aparato de justicia laboral para aplicar la referida Ley.

En el mismo sentido, Elías Mantero, destacado laboralista peruano afirma que “(...) La disposición legal tiene una característica muy importante: **ha sido dictada con cierto grado de celeridad en tanto que partió como una iniciativa del Ministerio de Trabajo, y tuvo el apoyo de los diversos grupos parlamentarios**, todos obviamente interesados en establecer un mecanismo rápido para la solución de los conflictos laborales (...)” (sic)⁽¹³⁾.

Es claro que estamos ante una norma que ha sido intensa y seriamente trabajada por un conjunto de profesionales expertos en la materia, lo que se confirma con la existencia de dos (2) Comisiones de Expertos que elaboraron un anteproyecto y un proyecto de Ley Procesal del Trabajo durante los años 2005 y 2008, y de una Comisión Revisora que trabajó arduamente durante el año 2009.

Empero, pareciera que el entusiasmo por hacer las cosas sin demora y la necesidad de alinearnos con nuestros vecinos de Venezuela, Ecuador, Colombia y Chile, que ya venían trabajando con un proceso oral y obteniendo buenos resultados, llevó a nuestros expertos y legisladores a impulsar la **NLPT** sin tener en cuenta que nuestro país no estaba ni está aun preparado para aplicar un sistema de resolución de conflictos que se basa en el uso intenso e intensivo de la tecnología. La causa de la situación descrita, parece ser simple y recurrente en nuestro medio: falta de presupuesto. Ciertamente, las últimas informaciones sobre el particular revelan que nuestro **PJ** no contará tampoco el 2011, con fondos suficientes para implementar la **NLPT** de manera general y tampoco en su principal Distrito Judicial: Lima.

En ese sentido, reiteramos que habría existido apresuramiento en la promulgación de la **NLPT**, salvo que más allá de lo señalado en la Novena Disposición

(13) ELÍAS MANTERO, Fernando. “Comentario inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*, N° 29, Mayo 2010, p. 63.

Complementaria sobre la entrada de vigencia de la norma, se hubiera previsto que ello no sucedería sino hasta un lustro después de su publicación, lo que simplemente nos resistimos a creer.

En segundo lugar, se aprecia un exceso de optimismo para la aplicación de la **NLPT**. Ciertamente, si el optimismo se define como la “(...) propensión a ver y juzgar las cosas en su aspecto mas favorable” (sic)⁽¹⁴⁾, que duda cabe que los autores y propulsores de la **NLPT** creen que nuestro sistema actual de administración de justicia cuenta con los recursos necesarios y suficientes para afrontar y para adaptarse de manera casi inmediata a las nuevas reglas de proceso laboral.

Ojala y quienes estemos equivocados seamos todos aquellos que no hemos participado en el proceso legislativo y que, ciertamente, en una posición más cómoda, esperamos ver los resultados concretos del cambio implementado. Tampoco se trata de reconocer la magnitud del problema y las dificultades que deben enfrentarse para siquiera intentar una solución al mismo y simplemente no hacer nada, empero, hubiera sido preferible ser más conservador en la implementación de los cambios propuestos y en la obtención de resultados de aquellos. No basta con ser optimista para conseguir los resultados esperados.

En tercer lugar, es necesario apuntar que con la promulgación y posterior publicación de la **NLPT** es grande la expectativa que se ha generado en la gente y especial en la población laboral respecto de la celeridad con que se van a resolver los procesos judiciales. Ciertamente, se ha dicho que la duración promedio de un juicio laboral se reducirá de cuatro (4) años a seis (6) meses, lo que puede ser contraproducente para alcanzar la citada finalidad.

Nos explicamos. Si hoy día iniciar un proceso judicial implica invertir tiempo (*mucho tiempo*), dinero y esfuerzo sin contar el stress que el mismo genera, lo que mucha veces desanima, desalienta y lleva a tomar la decisión de no reclamar, aun cuando se tenga buenas posibilidades de obtener un resultado favorable, a partir de la aplicación de la **NLPT** acudir al **PJ** puede significar la inversión de mucho menos tiempo, de nada de dinero y de un esfuerzo razonable, lo que incentive a quienes tengan un reclamo pendiente a acudir al **PJ**, incrementándose de ese modo de manera significativa el número de procesos y, con ello, bloqueándose la capacidad de respuesta del **PJ**, pues será razonable que en ese contexto se incremente el número de procesos judiciales, y rápidamente desaparezca el logro que inicialmente podía haberse alcanzado.

Y es que abaratar el costo de litigar, haciendo la justicia más accesible, podría alentar la llegada de nuevas demandas que rápidamente saturarían los Juzgados,

(14) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 7. Artes Gráficas S.A. 2001, p. 1103.

tanto como antes de la reforma legislativa⁽¹⁵⁾. Por ello, confiamos que en el remedio no sea peor que la enfermedad!!!

En cuarto lugar, es preciso señalar que no se está en contra de la **NLPT**, no se espera que fracase, antes bien, se espera que tenga éxito, que sea un acierto, que permita corregir y señalar el camino para resolver los problemas estructurales de nuestro sistema de administración de justicia. Empero, ante el apresuramiento antes explicado y el exceso de optimismo denunciado, tenemos una posición mas bien escéptica. Creo que se está ante una situación que resulta demasiado buena para ser verdad, y ante ello es preferible ser escéptico y parafraseando una afirmación poco santa –y no menos antigua– cabe señalar que será necesario “ver para creer”.

(15) HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. *13 Mitos sobre la carga procesal. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia*. Instituto de Defensa Legal. Lima, 2007, pp. 53 y 54.

**EL NUEVO PROCESO LABORAL ABREVIADO
COMO VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA EN
RELACIÓN AL AMPARO:
Bondades y algunos apuntes para su consolidación**

Manuel Gonzalo De Lama Laura⁽¹⁾

La Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT) ha sido el tema laboral más recurrente en exposiciones, estudios, seminarios y demás eventos académicos jurídicos realizados en lo que va de este año. La diversidad de novedades y el afán revolucionario, entre otras razones, que contiene dicha norma, justifican esta afirmación.

En esta oportunidad queremos tratar un aspecto muy puntual de la NLPT: la previsión contenida en el artículo 2 inciso 2, con el objeto de plantear la inquietud de si, con dicho precepto, se consolida la residualidad o subsidiariedad del amparo en materia de despido.

Para ello es preciso iniciar este trabajo con un par de cuestiones que apuntan a comentar brevemente la previsión de la residualidad del amparo, contenida en el inciso 2 artículo 5 del Código Procesal Constitucional (CPC). Luego, nos referiremos a los principales puntos vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional (TC) en el Caso Baylón, los cuales se relacionan con la materia que queremos analizar.

Atendiendo a que la NLPT permite que la reposición como pretensión principal se tramite vía proceso abreviado laboral, trataremos de manera concisa las características de tal proceso a través de su acogida legal en este nuevo cuerpo jurídico.

(*) Abogado por la Universidad de Piura. Miembro del Área de Asesoría de *Soluciones Laborales*. Adjunto de docencia en la Diplomatura sobre Derechos Fundamentales en el Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursa la Maestría en Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finalmente, buscaremos relacionar estos apuntes con la previsión sustantiva de los supuestos de reposición en el trabajo y con los criterios vinculantes del TC referidos a la procedencia del amparo en materia de despido, con el objeto de dar respuesta a la cuestión planteada.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Como lo adelantáramos, habría que analizar previamente ciertas nociones que nos permitan introducir el tema relativo a la residualidad del amparo. Para ello dedicaremos algunas líneas breves que permitan apreciarla desde la perspectiva del legislador y a partir de la evaluación jurisprudencial del intérprete constitucional.

1. La subsidiariedad del amparo en el Código Procesal Constitucional

En opinión de un sector de la doctrina⁽¹⁾, el inciso 2 artículo 5 de la actual ley procesal constitucional⁽²⁾, ha marcado el carácter subsidiario o residual del amparo en respuesta al modelo alternativo que caracterizaba dicho proceso cuando se encontraba en vigencia la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

De tal previsión se advierte que el propósito del legislador se dirige a dejar sin cabida procesal constitucional todo aquel intento de procurar la salvación de un derecho constitucional vulnerado o amenazado, cuando otra vía procesal le pueda proveer al afectado una protección igualmente satisfactoria.

Las razones que motivaron este cambio de modelo se pueden resumir en el abuso del empleo de esta vía extraordinaria dado que se promovió la indebida utilización del amparo por muchos litigantes, quienes, aprovechando su carácter de proceso para la tutela de urgencia, encauzaron mediante esta senda procesal la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional⁽³⁾.

(1) Entre ellos, *Vid.* CAIRO ROLDÁN, Omar. “La consolidación del amparo subsidiario en el Perú”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 148. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2006, pp. 158-162; ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”. En: *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista editores. Lima, 2005, pp. 143-156; y DONAYRE MONTESINOS, Christian. “El carácter residual del amparo en el código procesal constitucional peruano y sus implicancias en la tutela de los derechos laborales constitucionalmente protegidos”. En: *Derechos Fundamentales(...)* Ob. cit., pp. 157-192

(2) Su texto es el siguiente: Artículo 5: Causales de Improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo se trate de hábeas corpus.

(3) Así lo estimaron los redactores de la nueva ley procesal constitucional. *Cfr.* AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Palestra editores. Lima, 2004, p. 68

La tutela de urgencia que ha venido caracterizando al proceso constitucional y por ende, al amparo, desde los inicios de su concepción⁽⁴⁾, lo convierten en una herramienta procesal que solo se activará para ciertos casos que requieran de una salvaguarda urgente, rápida y eficaz. En efecto, la naturaleza sumarísima de los procesos constitucionales implica la cesación expeditiva, inaplazable, de la amenaza o violación efectiva del derecho fundamental en cuestión⁽⁵⁾.

Es en este sentido que los redactores del CPC, han dirigido sus esfuerzos, adoptando un tenor que pretende la consagración de la subsidiariedad de este proceso constitucional⁽⁶⁾.

2. La procedencia del amparo en materia de despido según el TC: El Caso Baylón

Al parecer el TC ha querido también establecer jurisprudencialmente que los procesos constitucionales tienen como peculiaridad principal ser vías residuales, a las que el agraviado en su derecho constitucional podrá acudir si es que para su salvaguarda jurídica no existe otra ruta procesal igualmente satisfactoria. En esta línea parece dirigirse la sentencia que resuelve el Expediente N° 206-2005 PA/TC, fallo que ha sido calificado como precedente vinculante de acuerdo a los términos del artículo VII del Título Preliminar del CPC.

Adviértase que hemos señalado que da la impresión de que el TC procura proseguir el criterio iniciado por el legislador procesal constitucional. Veamos por qué estimamos que ello no queda muy claro. El artículo 5 inciso 2 del CPC, señala, contrario sensu, que la procedencia del amparo se da solo cuando no exista una vía procesal lo suficientemente satisfactoria que permita tutelar un derecho constitucional conculcado. Pero, ¿qué se entiende por vía igualmente satisfactoria?; en particular, ¿la vía laboral ordinaria puede proveer al trabajador despedido y afectado en su derecho al trabajo o en cualquiera de sus derechos fundamentales mediante tal cese, de las mismas condiciones reparadoras proporcionadas por el amparo?

Una vía igualmente satisfactoria, en relación al amparo, se define, según Castillo Córdova, entre otros criterios, como una vía judicial de trámite sumario o expeditivo, en razón a que se procura la salvación de un derecho fundamental vulnerado mediante un despido antijurídico, y especialmente eficaz de acuerdo a la finalidad restitutoria de tal garantía constitucional⁽⁷⁾.

(4) Tal como lo expone CAIRO ROLDÁN, esta peculiaridad del amparo se encuentra presente desde los mismos orígenes de este instrumento procesal. Ob. cit., p. 196.

(5) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data*. ARA Editores-Universidad de Piura. Lima, 2004, p. 22

(6) Vid. AA.VV. *Código Procesal Constitucional*(...)Ob. cit., p. 35

(7) Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda edición. Palestra editores. Lima, 2006, pp. 294-296. El autor, cómo ya se dijo en el texto, hace referencia también a otros criterios a tener en cuenta para determinar si un proceso judicial ordinario es igualmente satisfactorio al excepcional amparo; no obstante, hemos considerado que los anotados, sino completos,

Si echamos un vistazo a la norma procesal laboral que ha sido dejada de lado mediante la NLPT, se puede apreciar que la brevedad en los plazos que posee la vía ordinaria laboral no es siquiera similar a la del amparo⁽⁸⁾. Respecto a la reparación que brinda esta ruta procesal, es preciso anotar que, según el diseño legal sustantivo laboral actual, el proceso laboral provee de una protección restitutoria cuando se impugna a través de él un despido que calce en cualquiera de los supuestos descritos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL); los demás casos en los que se configura un despido inconstitucional (despidos incausados, fraudulentos y demás lesivos de derechos fundamentales no inscritos en la lista del artículo 29 de la LPCL) solo serán sancionados con una indemnización si son impugnados en esta vía.

Atendiendo a lo descrito en el párrafo anterior podemos colegir que no hay mucha semejanza reparadora entre los instrumentos procesales en cuestión, es decir, resulta obvio que no son igualmente satisfactorias ambas vías entre sí respecto de los ceses que no encuadran en el artículo 29 de la LPCL, ergo, en principio, los demás supuestos de ceses inconstitucionales no descritos en la lista taxativa del precepto referido podrán ser tramitados mediante la vía constitucional de amparo.

No obstante el fundamento jurídico 8 de la sentencia anotada se pronuncia al respecto limitando la procedencia de las acciones de amparo a los supuestos en los que la vulneración del derecho constitucional sea lo suficientemente manifiesta e incontrovertible, que no amerite de una estación probatoria, en razón a la naturaleza expeditiva y urgente de tal garantía constitucional: “Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos”.

Un punto que resulta interesante destacar es que este último criterio no se dirige a determinar que la vía laboral es igualmente satisfactoria que el proceso constitucional de amparo, sino que apunta a resaltar la idoneidad o no del amparo si se desea que, mediante esta vía, se determine la inconstitucionalidad del cese en cuestión. Y es que, ciertamente, lo que hace el supremo intérprete de nuestra Carta

son suficientes para evaluar si el proceso ordinario laboral es igualmente satisfactorio a tal garantía constitucional.

(8) Dando una mirada conjunta de los artículos 4 inciso 2, 61 al 69 de la Ley N° 26636, podemos apreciar que un proceso ordinario laboral, a través del cual se impugna un despido de cualquier naturaleza, debería durar cuarenta y ocho (48) días hábiles mientras que un amparo en el supuesto más dilatado, no llegará ni a los 20 días. Claro está que dichos plazos son teóricos; en la práctica estos son obviados groseramente, no obstante aún así, el amparo sigue siendo un proceso más expeditivo que un proceso laboral ordinario.

Fundamental no es definir si el proceso laboral es igualmente satisfactorio que la excepcional garantía del amparo sino que la configura como vía idónea⁽⁹⁾.

No hay que ser demasiado perspicaz para caer en cuenta que la idoneidad de una vía procesal no implica que ella sea menos, igual o más satisfactoria que otra⁽¹⁰⁾. Es decir un proceso judicial podrá ser más satisfactorio que otro pero ello no significará necesariamente que aquel resulte siendo la vía más idónea para tramitar una pretensión determinada y viceversa. Por ejemplo, si bien la garantía constitucional del amparo le permite al despedido, y afectado por medio de este cese en alguno de sus derechos constitucionales no reseñado en el artículo 29 de la LPCL, obtener una tutela restitutoria al estado de cosas anterior de producida la vulneración del derecho fundamental correspondiente, tal conculcación deberá guardar tal magnitud que no permita al juez respectivo dudar sobre ella. En otras palabras, si la vejación de algún derecho fundamental del trabajador mediante su despido resulta controvertible, encubierta o solapada la vía procesal apropiada, apta o idónea que le permita al juzgador respectivo dilucidar correctamente tal lesión constitucional, será la ordinaria laboral a pesar de que ella no le procure un remedio restitutorio de su vínculo de trabajo.

En el supuesto planteado la vía idónea para impugnar un despido inconstitucional que requiere de una actuación de pruebas que permita clarificar la transgresión de un derecho fundamental ajeno a la lista del artículo 29 de la LPCL, tendría que ser la procesal laboral; sin embargo, esta no podrá satisfacer la pretensión restitutoria del agraviado en su derecho constitucional, salvaguarda que sí le hubiera proporcionado el amparo si la inconstitucionalidad de tal cese no admitiera mayor controversia.

De este modo, se puede ir concluyendo que en ciertos casos el proceso laboral ordinario es la vía idónea para canalizar la revisión judicial de un despido que se considera inconstitucional dado que las ventajas probatorias que, en comparación con el amparo posee, le permiten adoptar esta peculiaridad; no obstante, no puede ser el camino procesal que le permita al trabajador lesionado en su derecho fundamental, reconstituir su vínculo jurídico laboral, a menos que dicho cese ingrese en alguno de los supuestos de nulidad que contiene el tantas veces mencionado artículo 29 de la LPCL.

II. EL NUEVO PROCESO ABREVIADO LABORAL Y EL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 2 DE LA NLPT

Una de las ideas que surca toda la nueva norma adjetiva laboral es la celeridad de los procesos laborales; es más, esta ha sido considerada por el legislador, junto a otros, como un principio del nuevo proceso laboral. Y es que se percibe que

(9) CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. *Comentarios(...)* Ob. cit., pp. 308 y ss.

(10) *Ibíd.*, p. 310

el actual proceso laboral es, por calificarlo generosamente, lento por diversas razones: se trata de un proceso escriturario colmado de ritualismos y formalismos, por la carga incommensurable de los juzgados, entre otros factores.

Ante tal constatación la idea de la celeridad debía formar parte del conjunto innovativo de la reforma procesal. Justicia que tarda no es justicia reza un dicho muy antiguo y, con más razón aún, cuando se trata de asuntos laborales en donde la subsistencia del trabajador corre peligro.

Para ello, la nueva estructura del proceso laboral permitiría que, en el mejor de los casos, el juez laboral pueda dictar sentencia en la misma audiencia de juzgamiento, previo cumplimiento estricto y riguroso de los plazos que separan las anteriores fases del proceso, tiempos que, en la actualidad, lamentablemente no pueden ser atendidos. De esta manera, se podrá obtener, al final de la audiencia de juzgamiento, una sentencia y un caso menos que resolver, mientras que actualmente, al concluir la audiencia única no se tiene una resolución que ponga fin, al menos en primera instancia, a la controversia correspondiente.

Se han estructurado seis tipos de procesos a través de los cuales la justicia laboral apunta a una revolución para bien. Entre uno de ellos tenemos el proceso laboral abreviado el cual, con su propia denominación, nos permite inferir que es ciertamente célere. Veamos por qué.

Cuando el juez verifica que la demanda contiene los requisitos respectivos, emite resolución disponiendo su admisión a la vez que emplaza al demandado para que la conteste en el plazo de diez (10) días hábiles. El detalle interesante, que distingue a este proceso, es el hecho de que se compone de sola una audiencia a la cual son citadas las partes entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.

La audiencia única conjuga las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden. No obstante en ella no se realiza la contestación de la demanda correspondiendo al juez entregar al demandante la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial a efectos de la revisión de los medios probatorios ofrecidos. Si el demandante propone cuestiones probatorias el juez podrá, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella, se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.

Pues bien, en el peor de los escenarios, un proceso abreviado, en primera instancia, durará un par de meses, lo cual evidencia una aspiración revolucionaria del legislador. Esperemos que sea así por el bien de la justicia laboral.

Vistos de manera somera estos aspectos, entremos un poco más en la materia que motiva este trabajo. En el inciso 2 del artículo 2 de la referida norma, se establece que los juzgados especializados de trabajo son competentes para conocer, vía proceso abreviado, la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única. Dicha previsión implicaría, en buena cuenta, que el trabajador que desea retornar a su puesto de labores, obviamente, de declararse fundada su demanda, vería cumplida su pretensión con cierta rapidez.

Percatémonos entonces de dos cuestiones sumamente importantes para proseguir con el siguiente acápite: tenemos dos elementos significativos que nos permitirían, a primera vista, apreciar que el nuevo proceso laboral-abreviado por cierto-se ha convertido en una ruta procesal igualmente satisfactoria en relación con el amparo cuando se trata de remediar un despido inconstitucional, toda vez que tenemos un proceso célere cuando se trata de una pretensión restitutoria al puesto de labores. Es decir, la vía laboral conjuga ahora dos características presentes en el amparo: similar agilidad procesal e igual reparación jurídica. Es más, aunque este apunte tiene que ver con la idoneidad de la senda procedimental, se verifica también una vía que aporta una etapa probatoria que permitiría una adecuada acreditación de la inconstitucionalidad del cese, la cual es cubierta, en casi la totalidad de los casos, con “destreza” por el empleador⁽¹¹⁾.

III. ALGUNOS APUNTES EN RELACIÓN A LA CONSAGRACIÓN DE LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA LABORAL EN MATERIA DE DESPIDO

Recordando lo indicado en la última parte del acápite 2 de nuestras cuestiones previas, se pude anotar que el esquema legal de la reposición está previsto básicamente en el artículo 29 de la LPCL, el cual establece una lista cerrada de supuestos de nulidad del despido, tal como lo ha advertido la doctrina especializada⁽¹²⁾.

(11) Ciertamente, la prueba de que un despido ha vulnerado algún derecho constitucional del trabajador, no podría, muchas veces, darse de manera plena por lo que junto a las ventajas probatorias del proceso laboral, debería echarse mano de ciertos indicios o visos que le permitan al trabajador construir un panorama o ambiente del que se pueda deducir la posibilidad de que la actuación del empresario fue inconstitucional. Es decir, el empleado debe demostrar con suficiencia unos hechos de los que pueda surgir la presunción de que el despido se ha realizado con intención de violar alguno de sus derechos fundamentales. Así lo indica GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Editorial Tecnos. Madrid. 1996, p. 102

(12) Entre otros, podemos citar a SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, cuando escribe: “*En efecto, como ha puesto de manifiesto de manera reiterada la doctrina más atenta a estos temas, la relación exhaustiva de causas de nulidad contenida en dicho precepto no alcanza a cubrir de manera satisfactoria el bloque de la constitucionalidad, al dejar fuera de su radio de acción la vulneración de numerosos derechos fundamentales, tanto de naturaleza específicamente laboral como acreedores de esa calificación debido a su ejercicio en el ámbito de una relación de trabajo*” “El trato diferenciado en el ejercicio de la potestad disciplinaria como causa de nulidad del despido”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 114. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo 2008. p. 232

La jurisprudencia casatoria, no hace mucho, ha entendido que si el trabajador demandante opta por una protección de carácter restitutorio, buscada dentro de un proceso de nulidad de despido tramitado en la vía ordinaria laboral, dicho pedido deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en “*numerus clausus*” establece el artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al ser estas las **únicas posibilidades** por las cuales –en caso de ampararse su pretensión– se puede ordenar la reincorporación de actor a su puesto habitual de trabajo⁽¹³⁾.

Todo indicaría entonces que la reposición, como pretensión única a interponerse mediante proceso abreviado laboral, solo podrá hacerse efectiva cuando se demande en base a los supuestos comprendidos en dicho dispositivo legal. Ello, a su vez, implicaría que si el juez constitucional, llegara a conocer de una demanda por nulidad de despido, tendría que aplicar la causal de improcedencia recogida en el inciso 2 del artículo 5 del CPC.

No obstante parecería que esta última apreciación entraría en contradicción con aquellos criterios vinculantes del colegiado constitucional a partir de los cuales se entiende que cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos⁽¹⁴⁾. Quizás el juez constitucional tendrá más fundamentos para determinar que, ahora sí, el proceso laboral –abreviado– es la vía igualmente satisfactoria para el trabajador que pretende ser repuesto mediante el amparo al considerar que su despido calza en alguno de los supuestos detallados en el artículo 29 de la LPCL.

Consideramos que el tema no es tan fácil de resolver toda vez que, como anotábamos, existe un precedente vinculante emitido por el máximo intérprete de la Constitución al respecto, es decir, un criterio que desarrolla una norma constitucional y que, por lo tanto, debería vincular u orientar todo pronunciamiento jurisdiccional. Castillo Córdova indica al respecto que la interpretación, que de la Constitución realice el TC, vincula a quienes en el ejercicio de la labor interpretativa están colocados en un nivel inferior al del supremo intérprete⁽¹⁵⁾.

¿Qué tendría que hacer entonces el juez constitucional cuando tenga que pronunciarse sobre la procedencia del amparo ante un despido nulo? ¿Declarar improcedente el amparo por haber una vía procedimental igualmente satisfactoria o dar trámite al amparo de acuerdo al precedente constitucional referido?

(13) Vide. Considerando Noveno de la Casación N° 3034-2009-Huaura. El resaltado es nuestro.

(14) Fundamento jurídico 16 de la STC 206-2005-PA

(15) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El adiós al precedente vinculante a favor del precedente”. En: *Gaceta Constitucional*. N° 17. Gaceta Jurídica. Mayo de 2009, p. 97.

Pensamos que podría encontrarse una salida a la inquietud planteada atendiendo a un tema tratado anteriormente: Los despidos que lesionan derechos fundamentales no guardan, usualmente, una antijuridicidad evidente o indubitable. Por el contrario, dicha irregularidad es escondida, solapada. Los empleadores son muy cautelosos cuando acuden a este tipo de prácticas. En tal sentido, se requerirá de una ruta procesal adecuada o idónea que permita que la actitud inconstitucional del empleador salga a relucir, en otras palabras, el proceso en el cual se ventile la inconstitucionalidad de un despido, tendría que brindar las ventajas probatorias apropiadas a efectos de dilucidar dicha irregularidad jurídica.

El TC ha sido consciente de ello y ha establecido, a manera de precedente vinculante, sobre el despido fraudulento⁽¹⁶⁾, que solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos⁽¹⁷⁾.

Pues, como lo comentábamos dos párrafos atrás, todo tipo de despido inconstitucional –entre ellos el nulo– no goza de anomalías perceptibles a simple vista en tanto el motivo prohibido subyace a una cobertura aparentemente jurídica, lo cual dificulta que su descubrimiento sea posible mediante un amparo. Vale decir, se presenta una situación similar que la advertida por el TC en relación al despido fraudulento. En tal orden de ideas podríamos colegir que tal criterio vinculante se puede extender también al caso del despido nulo toda vez que este también guarda muchas veces dudas o controversias sobre su carácter inválido.

Es destacable que el TC disponga la procedencia del amparo con el objeto de dejar sin efecto un despido nulo, ¿pero dónde queda aquel criterio, vinculante vale repetirlo, que responde a la inidoneidad del amparo cuando se someta a su examen una cuestión controversial⁽¹⁸⁾? ¿Acaso siempre un despido es practicado con evidente ilicitud?

La postura propuesta no se aleja del precedente vinculante relativo a la improcedencia del amparo ante una cuestión litigiosa o controvertida pero tampoco deja en indefensión al trabajador despedido por algún motivo señalado en el artículo 29 de la LPCL ya que la vía del nuevo proceso abreviado laboral le prestaría una adecuada actividad probatoria y una idéntica protección que el amparo, la cual, a su vez, se conseguirá de manera expeditiva por cierto.

(16) El cual por cierto, es también un despido practicado en contradicción de la Carta Constitucional al vulnerar el derecho al trabajo y otros principios de carácter constitucional (legalidad y tipicidad)

(17) Fundamento Jurídico 8 de la STC 206-2005 PA

(18) Hay que caer en cuenta que tal postulado responde a la inexistencia de una etapa probatoria en los procesos constitucionales tal como lo establece el artículo 9 del Código Procesal Constitucional.

Una segunda inquietud que nos viene a la mente es en torno a la procedencia del proceso abreviado laboral en relación a los demás despidos que han sido considerados como lesivos de derechos constitucionales: recordemos que el máximo intérprete constitucional ha determinado jurisprudencialmente que existen otros supuestos de despidos que contravienen derechos fundamentales, a saber, el despido incausado, el fraudulento y demás donde se pongan en juego derechos no previstos en la lista taxativa del artículo 29 de la LPCL.

Al respecto, habría que precisar que a partir del caso Llanos⁽¹⁹⁾, la reparación que debía darse a los despidos referidos en el párrafo anterior, dependería básicamente de la elección de la vía procesal mediante la cual el trabajador encauzara la impugnación de su despido. De esta manera, si se acudía al proceso constitucional procedería la reposición, mientras que si se optaba por el proceso laboral la indemnización sería el remedio elegido.

En el caso Baylón, el TC recoge estos criterios y los convierte en vinculantes. En efecto- explica el TC- si el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado⁽²⁰⁾, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados⁽²¹⁾.

Es decir, si el legislador solo ha brindado una salvaguarda restitutoria, vía proceso laboral, a los supuestos previstos en el artículo 29 de la LPCL, los demás casos en los que el juez laboral verifique una lesión constitucional a través del despido del demandante-en buena cuenta un despido arbitrario desde la óptica legal-solo podrá ordenar la indemnización regulada en el artículo 38 de la referida norma. Por otra parte, si el trabajador, en ejercicio de su derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario, opta por el amparo, podrá ser re- puesto en su puesto de labores en virtud de la finalidad restitutoria de todo proceso constitucional siempre que, reiteramos, la percepción de la lesión constitucional no admita dudas.

En tal orden de ideas podemos elaborar el siguiente cuadro, el cual muestra de qué forma, con la vigencia del nuevo proceso laboral abreviado, se presenta el panorama procesal laboral y constitucional y sus respectivas medidas reparadoras respecto a los despidos lesivos de derechos fundamentales en general:

(19) Sentencia que resuelve el Expediente N° 276-2001 AA/TC

(20) Es decir en el caso de los supuestos no contemplados en la lista taxativa del artículo 29 de la LPCL.

(21) Fundamento jurídico 7 de la STC 206-2005 PA. Respecto a “los supuestos mencionados” el intérprete constitucional se refiere al despido incausado y al fraudulento.

Vías procesales	Supuestos de despido	Protección	Consideraciones adicionales
Abreviado laboral/ amparo	Nulidad de despido (art.29 LPCL)	Reposición/ Re- posición	Estar contemplado en el 29 LPCL/ Vulneración fehaciente
	Despidos lesivos de derechos fundamentales (no incluidos en art. 29 LPCL)	Indemnización/ Reposición	Se considera despido arbitrario/ Vulneración fehaciente.

No podemos negar el afán del TC por revalorar el carácter constitucional del derecho al trabajo y de los derechos inespecíficos laborales (debido proceso, intimidad, etc.) sin embargo, no podemos dejar de precisar que los despidos lesivos de derechos fundamentales, no contemplados por el artículo 29 de la LPCL, han visto mellada su protección procesal constitucional debido al pronunciamiento del TC en relación al Caso Baylón⁽²²⁾ (STC Exp. N° 206-2005 PA/TC) y de este modo su reparación natural o genuina: la reposición. En efecto, tal como lo hemos anotado, pocas veces se advierte un cese fehacientemente inconstitucional; ello aunado a la miope previsión legal de la reposición, la cual no les alcanza, torna en insuficiente su panorama reparador.

Por si fuera poco, la NLPT tampoco ha advertido de esta situación, aunque quizás tendría que darse una reforma legal sustantiva que permita una apertura del cerrado artículo 29 de la LPCL. No estamos descubriendo la pólvora con ello. La doctrina⁽²³⁾ ha criticado esta opción legal y este trabajo solo pretende unirse a esta voz. Esperemos que esta sea escuchada pronto y, de tal manera, podamos tener un conjunto legislativo más coherente con nuestro texto constitucional.

IV. ALGUNAS IDEAS FINALES

Resulta plausible que el nuevo proceso laboral admita una variante más expeditiva en procura de la reposición del trabajador que ha sido sujeto de un despido nulo. De esta manera, tenemos ahora un proceso célere, igualmente satisfactorio que el amparo e idóneamente estructurado para que las intenciones inconstitucionales del empresario puedan ser advertidas.

No obstante, las buenas intenciones del legislador procesal pueden llegar a ser insuficientes si el legislador sustantivo sigue sin extender el manto protector restitutorio a aquellos supuestos que no contempla el artículo 29 de la LPCL y que

(22) Una opinión similar puede apreciarse en: VINATEA RECOBA, Luis. “Las formas de tutela procesal del despido a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley. Lima, 2009, pp. 537-551

(23) Por todos puede revisarse: ARCE ORTÍZ, Elmer. *La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales*. Segunda edición. ARA Editores. Lima, 2006, p. 169 y ss.

igualmente ponen en juego derechos de carácter constitucional. Si bien es cierto, el amparo podría otorgar una protección restitutoria y rápida a estos casos, tal ruta procesal, no pocas veces, deviene en inidónea por las escasas facilidades probatorias que ofrece.

Ante la inacción legislativa en relación a la apertura del referido artículo 29 de la LPCL, los jueces, ordinarios y/o constitucionales, deberían pensar en la opción de dejar de lado esta previsión taxativa de las causales de nulidad de despido, mediante la aplicación del control difuso de constitucionalidad. Ha habido un tibio intento en esta línea⁽²⁴⁾; empero, actualmente, la jurisprudencia se ha decantado por el sentido contrario tal como lo hemos señalado anteriormente.

(24) Es el caso de la Casación N° 2386-2005-Callao, en donde se concluye que aunque el inciso d) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral alude a “la discriminación por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión”, “frente a la evidencia de discriminación de los trabajadores por un trato desigual entre ellos, resulta constitucionalmente válido preferir la norma constitucional en protección de derechos fundamentales”, en aplicación del mandato contenido en el precepto antes citado. Ello supone que, “dentro de los supuestos del inciso d) del artículo 29” debe considerarse incluido “al trato diferenciado entre iguales”, dado que este último se encuentra también prohibido por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Un análisis recomendable de la citada casatoria puede verse en: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., pp. 229-235.

COMENTARIOS SOBRE LA ORALIDAD EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Alfonso de los Heros Pérez-Albela

I. REFLEXIONES INICIALES

El artículo I del Título Preliminar de la nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, (en adelante NLPT) establece que “el proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad”.

“Los principios del proceso de trabajo son aquellos que actúan como líneas directrices, como soporte para el ejercicio justo y correcto de las leyes, de tal manera que sirven para inspirar las soluciones en las controversias y orientar la interpretación de las normas ya existentes; además, por supuesto, de permitir la solución de aquellos casos no previstos en la formalidad legal. Pero lo relevante, es advertir que incluso los principios bien establecidos se encuentran sujetos a una permanente actualización conceptual, precisamente por la necesidad de proveer explicación a nuevos fenómenos”⁽¹⁾

Los principios consagrados en la nueva ley, se engarzan dentro del sistema jurídico laboral como una forma de proteger los derechos de los trabajadores ante la desigualdad que genera la propia relación de trabajo por su sentido subordinado y jerárquico. Y estos derechos son básicos y elementales y deben ser garantizados para que el goce de los mismos sea efectivo y no ilusorio.

(1) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. “Los Principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales* N° 30, Junio 2010, p. 68.

Sin embargo, en relación a la oralidad, habría que observar que esta es más bien un principio operacional que, unido a los demás, configura una modalidad o sistema procesal distinto al que nos ha venido rigiendo. No es un valor propio o esencial del proceso pues la escritura, por ejemplo desde el punto de vista de la seguridad jurídica, tiene también un valor, aunque atente contra la celeridad.

Estos principios, que evidentemente buscan la realidad de un proceso simple, rápido y de bajo costo, ayudan a lograr una tutela judicial efectiva conforme a lo señalado en el artículo 139 de la Constitución Política.

Para ello, como fundamentos del proceso laboral, se señala en el artículo III del Título Preliminar citado, que en todo proceso los jueces procuran alcanzar “la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad”.

“El proceso en su sentido etimológico, viene de *processus* que significa avance y progreso encaminados a algo. Procesalmente podemos traducir la noción de avance y progreso como vocablos en estructura de reglas y actos encaminados a la consecución de algo: la sentencia. Es decir, el proceso en general vendría a ser un conjunto de reglas, formas y actos para la consecución de ciertos fines, fundamentalmente la solución de un conflicto a través del Derecho como categoría de la mediación social”.⁽²⁾

Todo ello dentro de la óptica de proteger al trabajador como parte más débil de la relación mediante principios compensatorios que eviten la desigualdad, que permitan al trabajador recuperar en lo jurídico lo perdido en la relación contractual, es decir, en el mundo de lo económico.

Esto se traduce en la aplicación de principios como la oralidad y la inmediación que garantizan la protección y la rapidez, y que permiten conducir adelante el proceso con un mínimo de formalidades, pero con garantías suficientes de un debido proceso, que llevan al juez con eficacia y celeridad, a formarse un criterio que defina la controversia mediante una sentencia inmediata, expedida a la conclusión del proceso.

Como puede inferirse de lo expuesto, en un proceso oral, rápido y sencillo, la figura del juez es fundamental, pues es el verdadero protagonista del proceso, debiendo garantizar su normal desarrollo y culminación, el comportamiento adecuado de las partes y de todos aquellos que intervienen en el proceso y la sanción de las conductas que atenten contra la buena fe, la lealtad y probidad que deben observarse en el mismo.

En conclusión, “El diseño del procedimiento laboral se halla presidido por la oralidad y la agilidad en la tramitación de las pretensiones (...) lo que se pretende es que la oralidad y los principios que de ella derivan, tales como la inmediación y la

(2) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. Ob. cit., p. 69.

concentración de los actos procesales, estén al servicio de la simplicidad de formalidades al tiempo que se erijan en hábiles formas de dotar al proceso laboral de mayores cotas de celeridad”⁽³⁾

Los principios contenidos en la nueva Ley Procesal del Trabajo son los siguientes:

- **Inmediación:** que se refiere a la relación directa del juez con el proceso, entre el juez y la prueba y que le permite conocer de primera mano, directamente, la prueba y las posiciones y actitudes de las partes, formándose una opinión personal y valiosa que le permitirá con mayor eficacia y facilidad arribar a una sentencia justa.
- **Oralidad:** como la forma de relación directa entre las partes y entre estas y el juez, de tal manera que todos ellos puedan apreciar de primera mano, todos los extremos y aspectos de la relación materia del proceso. Más adelante nos extenderemos sobre este aspecto específico, que es precisamente la materia de este trabajo.
- **Concentración:** que implica el menor número posible de actos procesales (por ejemplo, una audiencia de conciliación y una de prueba y expedición de la sentencia al concluir esta segunda audiencia). Una ventaja indudable de la concentración es la presencia en un solo acto de las partes involucradas para la actuación de la prueba y la confrontación de testigos y peritos, todo ello bajo la atenta mirada del juez y de los abogados de las partes quienes pueden ejercer así un mejor control del proceso y arribar a conclusiones más claras y seguras en menor tiempo.
- **Celeridad:** que tiene mucho que ver con la concentración, pero también con la falta de formalismos dentro del proceso, limitando recursos meramente procesales que tiene por objeto demorar la consecución del resultado, u obstruir la actuación de pruebas, generar dilaciones que tiendan a suspender la audiencia y similares, así como suprimir algunas actuaciones como la reconvencción. Además, las actuaciones son pocas y concentradas, pues hay dos audiencias y se expide sentencia al finalizar la segunda audiencia, los plazos son breves y los términos perentorios.
- **Economía procesal:** es un principio operacional que se refiere al costo económico menor del proceso, precisamente por la concentración y la celeridad y al menor tiempo y esfuerzo en los actos procesales. Un proceso que aplicando los plazos establecidos en la nueva ley, pueda durar alrededor de seis meses, no tiene precedente en el sistema procesal peruano y resulta evidentemente positivo para el trabajador reclamante, quien en corto tiempo puede

(3) CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. “El proceso laboral: un análisis desde la experiencia española a propósito de la nueva Ley Procesal del Trabajo en el Perú”. En: *Soluciones Laborales* N° 30, Junio 2010, p. 104.

ver definido su derecho. Hay que tener en cuenta que la nueva ley exonera al prestador de servicios de costas y costos si las pretensiones no superan 70 URP (Unidades de Referencia Procesal) es decir la suma de veinticinco mil doscientos nuevos soles.

- **Veracidad:** tiene que ver con la primacía de la realidad, principio fundamental del derecho del trabajo. Se trata de llegar a la verdad real y material a través del proceso, con ayuda de los principios anteriormente expuestos, lo cual permite al juez de manera más rápida y con mayor certeza, expedir sentencia. A este respecto considero que la inmediación, es decir la presencia del juez y también la de las partes y sus abogados ayudarán a descubrir esta realidad y asegurarán una mayor imparcialidad del propio juez y una conducta acorde en los participantes, pues la evidencia de la realidad, es decir de la verdad real, no hará posible ninguna manipulación ni equívoca interpretación de los hechos, pues al final, todos los participantes son testigos de excepción de lo ocurrido. Esta primacía de la realidad avalada por la inmediación, evitará soluciones formalistas o burocráticas a la que a veces son tan inclinados algunos jueces.

En síntesis, hacer más cercano, más rápido, más participativo el proceso, redundará a favor del resultado, siempre que los protagonistas del mismo: jueces, partes y abogados, enfrenten con honestidad y dedicación la tarea de hacer posible el éxito del nuevo proceso, con lealtad jurídica y procesal, con la convicción de estar ayudando a la causa de la justicia.

II. UN ALCANCE SOBRE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN

Antes de analizar los aspectos relacionados a la oralidad y sus consecuencias en el proceso laboral, vale la pena hacer un alcance en relación a la demanda y la contestación, pues en este nuevo proceso dinámico y práctico, existe un elemento que hubiera valido la pena considerar.

Además de los requisitos para la admisión de la demanda y de la contestación señalados en los artículos 16 y 19 de la NLPT, que no es del caso analizar, el artículo 42 de la misma ley señala que una vez admitida la demanda por escrito, se cita a las partes a la audiencia de conciliación y se realiza “el emplazamiento al demandado para que concurra a la audiencia de conciliación con el escrito de contestación y sus anexos”.

Esta disposición a nuestro criterio puede ser excesiva, pues tanto el juez como el demandante llegan a la audiencia sin conocer el contenido de la contestación y en ella tiene que enterarse del mismo y recién allí plantear una estrategia conciliatoria o peor aún plantear una contestación si el asunto es de puro derecho, ya que, solo en caso de pasarse a la audiencia de juzgamiento si el caso no es de puro derecho, tendría tiempo para analizarla.

Más aún, según el artículo 21 de la NLPT, los medios probatorios deben ser ofrecidos “únicamente” en la demanda y en la contestación y extraordinariamente hasta el momento previo a la actividad probatoria, respecto a hechos nuevos o conocidos u obtenidos con posterioridad.

Teniendo en cuenta este contexto, podría haber sido más prudente establecer un trámite escrito previo a la audiencia con un plazo breve razonable para contestar la demanda, y recién entonces citar a las partes a la audiencia de conciliación.

Ana María Chocrón Giráldez, citada anteriormente, nos dice que la doctrina más acreditada se plantea este trámite escrito de demanda y contestación previa al juicio oral, es decir a la audiencia.

Nos señala esta autora⁽⁴⁾ que hay para ello “dos razones: porque constituiría una garantía del propio demandante que puede así llevar al juicio un conocimiento pleno de todos los hechos que van a ser objeto de prueba y prepararse adecuadamente para ella; y segundo, porque agiliza la propia comparecencia evitando las largas contestaciones verbales que dilatan y además no consiguen recogerse fielmente en el acta”. Esta última limitación referida al acta no sería relevante en el caso peruano debido a que se dispone la grabación y filmación de la audiencia. Yo añadiría además, que sería una ventaja para el juez como director del debate, pues iría a la audiencia con un conocimiento cabal de las posiciones de las partes.

Se trata entonces no de reducir la oralidad del proceso propiamente dicha, sino de dar igual oportunidad a ambas partes para analizar la posición contraria. Se trata de igualar a las partes para que no existan desventajas, más aún tratándose de un caso como el expuesto en que normalmente esta desventaja pesará sobre el trabajador. Téngase en cuenta que la demanda siempre, o en casi la totalidad de los casos la presenta el trabajador y que este no tendrá la oportunidad de prepararse respecto a la contestación para conducir sus intereses en la audiencia de conciliación. Mantener la contestación en la audiencia puede pues romper el equilibrio procesal en perjuicio del trabajador demandante, más aún si se formulan excepciones.

En todo caso, si la norma no se modifica, por lo menos sabemos a que problemas enfrentarnos o cuales son las ventajas y desventajas de las partes en esta materia.

III. PREVALENCIA DE LA ORALIDAD

La oralidad, como señala Pantoja Domínguez⁽⁵⁾ es junto con la escritura especies de un mismo género: la palabra. “No debemos limitar la oralidad a la simple discusión oral y menos aún a la exclusión de la escritura en el proceso; por lo que debemos tener presente que la escritura constituye un medio para expresar y

(4) Ob. cit., p. 104

(5) PANTOJA DOMÍNGUEZ, Lizardo, “El principio de oralidad en el proceso laboral”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Diciembre 2008, p. 562 y ss.

conservar el pensamiento humano y, por lo tanto, es tan necesaria para el proceso como para cualquiera otra actividad del ser humano”.

En realidad la oralidad es la forma de calificar un nuevo sistema que encierra características propias que en su conjunto la conforman de manera inescindible, como son la inmediación, la brevedad, la concentración, la economía procesal y la veracidad como se ha manifestado anteriormente.

La razón de ser de la oralidad estriba en la indispensable presencia de las partes y del juez en la audiencia quienes, de viva voz, ventilan la controversia de manera simple y sencilla, sin rigideces ni formalismos, en forma directa, facilitando por la palabra el intercambio y el examen de hechos y testimonios para llegar a la verdad real de manera rápida y eficaz.

La inmediación es fundamental porque precisamente uno de los defectos del sistema anterior y del sistema civil y aún del sistema penal, ha sido y es la lejanía del juez, su falta de apreciación personal de la realidad a través del diálogo, las respuestas y las repreguntas, los gestos, las miradas, las vacilaciones, las formas de relieve de la voz y demás signos que constituyen verdaderos medios de acercarse a la realidad verdadera de los hechos, sobre los cuales el juez deberá aplicar el derecho.

La participación directa del juez en el proceso oral garantiza mejor la determinación de la realidad, lo cual facilita su entendimiento o interpretación y la aplicación del derecho al caso concreto. También constituye un freno o control del abuso del proceso por los abogados y facilita, cuando las posiciones quedan en evidencia o alguna de ellas no es tan sólida, la posibilidad de llegar a una conciliación.

La proximidad del juez a la prueba será también garantía no solo de una mejor determinación de la realidad como se ha dicho, sino de una correcta interpretación de la misma y de una más certera aplicación del derecho. El desarrollo en una sola audiencia de la actuación de las pruebas, de la argumentación de las partes y aún de la sentencia, permitirá una justicia más certera.

Lo dicho anteriormente es de una gran importancia, pues el contacto directo del juez con las partes y con los testigos y peritos y su interrelación con los abogados patrocinantes, le permite apreciar la verdad real y no solamente como ocurre con el proceso escrito, la verdad formal, presentada en escritos formulados por los abogados.

El proceso, desde luego, no puede ser puramente oral. Siempre tendrá elementos escritos, pues se requiere que los hechos ventilados oralmente tengan respaldo en registros que puedan guardarse y analizarse y porque seguramente mucha de la prueba será escrita, tal como ocurre con los recibos de pago, contratos y documentación propia del registro personal del trabajador reclamante.

Se requiere pues el correlato en una base digital, de audio y aún escrita, que sirvan de soporte a la palabra y a la memoria, para que el viento no se lleve todo lo que se ha dicho.

Esto significa que estamos ante un sistema “predominantemente” oral, aunque no absolutamente oral, pues la demanda y la contestación se presentan por escrito y hay elementos escritos en los respaldos documentarios y transcripciones. Esta parte escrituraria del proceso tiene una razón de ser: dar certeza a las partes y al juez sobre los extremos de la controversia y definir lo que va a ser materia de pronunciamiento. Pero la forma de hacer y desarrollar el procedimiento a partir de su definición escrita, es totalmente oral.

En realidad la nueva ley trae un procedimiento mixto con prevalencia de la oralidad, pues todos los aspectos primordiales del proceso son orales, con excepción de la demanda y la contestación. El hecho que dentro de la prueba existan pruebas escritas, no le quita su carácter prevalentemente oral, pues las pruebas escritas son únicamente el registro de hechos que serán ventilados oralmente en las audiencias.

En la anterior ley procesal del trabajo N° 26636, el régimen era predominantemente escrito pero con algunos aspectos de oralidad limitados a las audiencias y que se traducían en actas escritas donde quedaban registradas las actuaciones.

En la nueva ley, fuera de la demanda y la contestación (artículos 16 y 19 de la NLPT) que son escritas, el proceso es predominantemente oral. Ello implica que las audiencias son orales y que el juez dirige las actuaciones procesales (artículo 12). Es decir, se produce un debate oral entre las partes, presidido por el Juez, registrándose las mismas mediante medios modernos de audio y video o en su defecto por mecanismos que garanticen reproducir y conservar el contenido del debate, incorporándose el resultado en el expediente.

El interrogatorio a las partes, testigos y peritos lo efectúa el juez libremente y sin ritualismos y no se requiere presentación de pliego, pudiendo los abogados de las partes preguntar de la misma manera y solicitar aclaraciones con toda libertad (artículo 24 de la NPTL).

Como se ha dicho, la oralidad está respaldada en registros virtuales, visuales y escritos de lo acontecido, para darle seguridad y certeza, pero la forma de desarrollarlo es oral. Nótese además que en vía de apelación, lo actuado debe llegar a conocimiento de un tribunal que va a decidir sobre la base no solamente de aquello que diga la sentencia apelada, sino de dichos respaldos, que constituyen elementos distintos y diferentes a aquellos que están acostumbrados a utilizar las cortes de apelación, que están normalmente constituidos por expedientes escritos, foliados y unificados. Evidentemente que la instancia plural nos lleva a la escrituralidad porque, fuera del informe oral ante la corte en vía de apelación, si es que lo piden los abogados, no hay proceso oral sino escrito y tampoco lo hay en vía de casación.

Es importante resaltar la necesidad de la presencia personal en el proceso. Las audiencias son presenciales con asistencia forzosa de las partes y el juez y todas las actuaciones se realizan en forma oral y más aún, concluida la audiencia, el juez debe dictar el fallo de su sentencia y dentro de los cinco días hábiles siguientes notificar la sentencia, notificación que puede ser diferida por cinco días más. Ello indica el carácter oral del proceso, pues después del fallo recién viene la sentencia, en la cual se fundamenta con argumentos de hecho y de derecho, lo que ha sido materia del fallo del juez.

Como podrá apreciarse, este nuevo paradigma procesal laboral, modifica radicalmente la forma como se ha venido manejando el proceso hasta el presente, pues se pasa de un régimen predominantemente escrito, lato, sin presencia del juez, a un proceso oral, rápido y en presencia del juez.

Insistimos en que la escritura como base de sustentación del proceso (demanda y contestación) y como respaldo de actuaciones (pruebas escritas y transcripciones de audio) es muy importante para la seguridad jurídica del proceso, pues mal podría arribarse a una conclusión si no hay respaldo seguro que le sirva al juez como referencia en caso de cualquier apelación o duda sobre su actuación.

La celeridad del proceso es clave y la oralidad la favorece. La forma ágil y directa como se habrá de enfrentar las actuaciones en la audiencia es fundamental, pues no hay tiempo para postergaciones, consultas o vaguedades. En el mismo acto se tendrá que ventilar todas las dudas y analizar todas pruebas y ese resultado será el que quedará en los oídos y en la retina del juez para resolver la causa. Veremos luego qué desafíos va a causar este nuevo sistema.

Debe garantizarse por ello y al mismo tiempo mantenerse la continuidad del proceso para que el transcurso del tiempo entre una audiencia que no ha podido concluir y su continuación, sea inmediata y pueda guardarse la coherencia del proceso y hacer posible a las partes y al juez su desarrollo eficiente, sin perder, podría decirse, la ilación del proceso.

La ventaja evidente del nuevo sistema es que supera el proceso escriturario, lato, sin unidad entre sus etapas por el transcurso de tiempos largos entre las actuaciones, de desapego y desconocimiento del juez de la causa, que sentencia meses o años después de haber tomado conocimiento superficial de los hechos materia del proceso. Supera también el actual sistema de la pseudo oralidad en el que en las audiencias el juez no se aproxima al caso, limitándose el secretario a resumir lo actuado en un acta que no refleja siempre la verdadera realidad y que convierte en escrito lo poco que se actuó oralmente.

Como dice Pasco⁽⁶⁾ “la oralidad, en efecto, no es un simple atributo o peculiaridad, sino un carácter que cimienta y califica todo un sistema procesal. Los sistemas suelen ser clasificados en dos grandes tipos: oral o escrito. Cuando la oralidad es acogida, pasa a ser el rasgo predominante, el elemento nuclear, la clave definitoria del proceso”.

Continúa diciendo, “la oralidad exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: inmediación, concentración, sencillez e incluso celeridad”.

La oralidad va de la mano con la intermediación, la concentración, la celeridad y la veracidad, pues la confrontación directa entre las personas en la presencia del juez, son los elementos que nos llevan a conocer la verdad de los hechos sin formalismos ni demoras, redundando en la rapidez del resultado, ratificando el conocido adagio de que la justicia rápida es más justa pues la que tarda no es justicia.

IV. DESAFÍOS

La técnica judicial y de defensa dentro de este nuevo esquema, varía sustancialmente. Ya no habrá un juez que puede pasarse sin tomar contacto con el proceso hasta que tenga que sentenciar. Ahora tendremos un juez protagonista, actor, que tiene que ir preparado a la audiencia para dirigirla, para discernir sobre la materia de la controversia y los que es más importante aún, para sentenciar. Quizás por ello sería conveniente que la demanda y la contestación por escrito, fueran anteriores a la audiencia, así el juez iría más preparado.

Sin embargo, a pesar de este mayor grado de intervención en el proceso, que por lo demás no es arbitrario ni caprichoso, sino funcional, este juez debe ser imparcial y aun cuando deba aplicar los principios del derecho del trabajo al caso concreto, ello no podrá significar el desconocimiento de la realidad, de la verdad de los hechos, de la aplicación correcta del derecho.

También se requiere una nueva actitud en el abogado, pues no va a tener la amplitud de tiempos de la que gozaba en el proceso escrito y lato, pues toda su defensa y fundamentación será oral, en el momento mismo de la audiencia, requiriéndose una rápida reacción y preparación en los letrados para interrogar en un nuevo sistema de tipo anglosajón de “*cross-examination*” o contrainterrogatorio o repreguntas que deberán tener como base y objetivo llegar al fondo de los fundamentos de su demanda o contestación, según el caso. Ya no es posible eludir los hechos o manifestar su desconocimiento, pues es deber de los participantes estar informados, so pena de perjudicar la posición de su parte.

(6) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “La oralidad, el nuevo paradigma”. En: *Soluciones Laborales*, N° 25, Enero de 2010, p. 54.

Esta nueva ley debe cambiar la forma de enfocar el litigio y la forma de llevarlo, pues habrá que saber presentar la demanda, coordinar la norma y la prueba en una actuación inmediata frente a la parte contraria, habrá que preparar a los abogados a litigar oralmente y a lograr construir una solución congruente con el manejo oral de las pruebas a través de interrogatorios y alegatos, análisis de peritajes y manejo de las evidencias, convirtiendo en realidad aquello que algunas veces hemos visto como espectadores en el cine o en la televisión extranjeros cuando nos muestran procesos judiciales.

Las habilidades que deberán desarrollar jueces y abogados requerirán seguramente de capacitación, pues se viene de un régimen escrito, que tiene otros tiempos, otros ritmos, otras herramientas y otro manejo del proceso. A partir de la nueva ley, habrá que tener las habilidades para concentrar oralmente en un solo acto todo lo que requiere el proceso para hacer convicción en el juez de la procedencia y justicia de la causa que se invoca. Difícil tarea que dará lugar a una mayor especialización de jueces y abogados.

Sin embargo, todo lo dicho anteriormente carecerá de sentido, si no descansa en el uso de la tecnología, única garantía de éxito del sistema, pues le dará certeza y seguridad y evitará soslayarlo por la tradicional manera de ver el proceso que han tenido siempre los jueces, en que su poder personal sobre el proceso, el tiempo indefinido en que les permite manejarlo y su lejanía con las partes, le son cómodas, pero resultan negativas para el resultado y para la justicia. Los abogados, a su vez, también acostumbrados a este antiguo proceso lento y escrito que les permite afrontarlo con comodidad, deberán modificar sus criterios y empezar a manejar las estrategias, habilidades y técnicas propias del nuevo modelo, capacitándose para ello y desarrollando una nueva especialidad profesional.

El Poder Judicial tendrá que invertir en tecnología e infraestructura para que el nuevo sistema se logre y tenga éxito, pues de estos elementos indispensables dependerá que la oralidad funcione como pretende la norma procesal que debemos aplicar.

Si hablamos de tecnología e infraestructura, el costo del sistema es un elemento muy importante y va a resultar decisivo, pues si el Poder Judicial no efectúa las inversiones necesarias, no se va a poder garantizar el éxito de la aplicación de la nueva ley y se corre el riesgo de postergar o mediatizar la aplicación de la norma, con lo cual será más lo que se pierda que las ventajas que este representa, con el agravante de los malos resultados para la causa de la justicia.

Resultará fundamental para que el sistema del proceso oral tenga éxito, lo que ocurra en su etapa inicial en la que se deberá aplicar la nueva ley de la manera más estricta y eficaz posible, porque si se mediatiza, para beneplácito de los tradicionalistas, será peor el remedio que la enfermedad.

V. SENTENCIA

Resulta muy interesante en la nueva ley, el tema de la expedición de la sentencia. Cuando se trata de una cuestión de derecho, o que siendo de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio, el juez solicita en el mismo acto que las partes expongan sus alegatos y dicta sentencia en un lapso no mayor a 60 minutos (artículo 43 de la NLPT) y cuando se trata de un caso en que exista actuación de prueba, una vez concluida la audiencia, el juez de forma inmediata o en no más de 60 minutos, hace conocer a las partes su fallo y señala día y hora dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para notificar la sentencia, pudiendo diferirlo por cinco (5) días más si el caso es complejo (artículo 47 de la NLPT).

Dos breves ideas sobre este aspecto de la nueva ley. Como se ha dicho anteriormente, esta disposición es una innovación muy importante, agiliza enormemente el proceso, compromete al juez con su cercanía al mismo y exige a las partes una enorme dosis de claridad, congruencia y adecuada fundamentación de sus posiciones para lograr una resultado adecuado a sus intereses.

Además, es muy probable que este compromiso por adelantar el fallo con cargo a la presentación ulterior de la sentencia, resulte en un nivel muy alto de acierto por parte del juez, pues se tendrá que adentrar en el proceso con seriedad y profundidad para que su fallo sea inexpugnable. Ojala así sea.

Finalmente, habría que reflexionar sobre si la sentencia podría simplificarse para centrarse en los hechos relevantes que suscitan el fallo, ser precisa en su fundamentación legal y clara en su parte resolutive, constituyendo un instrumento breve y contundente, desprovisto de esos recuentos interminables a los que estamos acostumbrados en el régimen escrito.

Este es un tema cultural enraizado en la práctica procesal peruana que no es fácil de modificar, pero que habría que sistematizar porque, al fin y al cabo, los destinatarios de la sentencia son las partes y son ellas las que deben entenderla sin necesidad de intérpretes legales, sobre cuando se trata del trabajador, que es el más interesado en saber y entender qué se ha resuelto respecto a su derecho y porque la simplicidad y sencillez del fallo sería un aporte inestimable para una mejor justicia.

VI. CONCLUSIONES

1. En la NLPT estamos ante un proceso predominantemente oral, pero de carácter mixto por la parte de contenido escrito que tiene y que requiere de la intermediación para que tenga éxito, de acuerdo a la cual, el juez será el director del proceso y estará en íntima vinculación con las partes y las pruebas. No se trata de una simple reforma legal, sino de un cambio de sistema cualitativo.
2. La oralidad y la intermediación, requieren necesariamente de la concentración procesal, para actuar el menor número de actos procesales posible, por lo

- cual, fuera de la conciliación, todo el proceso, incluido el fallo de la sentencia, se actuarán en un solo acto, en la audiencia de pruebas.
3. La publicidad es fundamental y todos los actos procesales son públicos para garantizar la transparencia y el control del proceso.
 4. La economía y celeridad procesal implican no solamente un problema de costo financiero del proceso sino una simplificación que haga posible de la manera más rápida y económica, culminar en la sentencia. No habrá dilaciones, se castigará la dilación innecesaria, los plazos serán perentorios e improrrogables.
 5. La publicidad garantizará la transparencia y le permitirá al juez una mayor capacidad de dirección del proceso sin interferencias y sin indebidas conductas procesales de las partes.
 6. Un proceso más simple y rápido redundará en una mejor calidad de justicia para el reclamante.
 7. Es fundamental la utilización de tecnología moderna, el compromiso del Poder Judicial en los ámbitos de dirección, presupuesto suficiente y capacitación judicial.
 8. El nuevo sistema nos lleva a una tutela judicial efectiva, en cumplimiento de los preceptos constitucionales sobre la materia.
 9. Los respaldos escritos, virtuales y visuales del sistema oral, son una garantía del debido proceso, de la congruencia de las resoluciones y de la propia actuación del juez.
 10. Los abogados y las propias partes, tendrán que capacitarse para afrontar este nuevo sistema que redundará en beneficio de una mejor y más rápida administración de justicia.

ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS SINDICATOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Javier H. Espinoza Escobar^()*

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la entrada en vigencia de la ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) ha pretendido superar un reto pendiente en el ordenamiento jurídico peruano. Las deficiencias de la Ley 26636 (en adelante, LPT) se hicieron prontamente evidentes, en la medida que esta no contribuía a un proceso corto, rápido y eficaz, que asegurara la tutela judicial efectiva de los trabajadores.

Por otro lado, fue necesario el transcurso del tiempo para que la doctrina y la judicatura nacional precisaran (no sin mucha controversia) la forma de participación en el proceso judicial de las organizaciones sindicales en defensa de los intereses colectivos e individuales; siendo necesario, inclusive, que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a través de diversos pronunciamientos recaídos en los procesos de amparo, zanjara esta cuestión reafirmando el derecho de los sindicatos a iniciar acciones judiciales en beneficio de sus afiliados, sin necesidad de poder de representación (en sentido claramente opuesto, a lo regulado por el art. 10, tercer párrafo de la LPT).

En ese sentido, la NLPT también ha significado un cambio de rumbo en lo que respecta a la actuación de los sindicatos en el proceso judicial. No obstante, consideramos necesario referirnos a algunas deficiencias que contiene esta norma adjetiva, específicamente, en lo que respecta a la legitimidad para obrar de las

organizaciones sindicales en los procesos judiciales. Para ello, partiendo de los antecedentes de la norma actual, analizaremos la regulación introducida por la NLPT en materia de la actuación del sindicato en el ámbito procesal, determinaremos los conceptos procesales involucrados para, finalmente, establecer la legitimidad para obrar de los sindicatos en función del tipo de interés que pretende defender y emitir nuestra opinión sobre la adecuada o inadecuada regulación de la participación sindical en el proceso judicial.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Como sabemos, la libertad sindical colectiva de actuación, entendida como el derecho de los sindicatos a autoorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores⁽¹⁾, se proyecta también en el ámbito del proceso judicial.

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) reconoce dicha atribución en su artículo 8 cuando establece, como finalidad de la organización sindical, la de “Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva” así como la de “representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor”.

Si bien esta facultad de representación es genérica, para todo tipo de conflictos, controversias o reclamaciones, es la LPT⁽²⁾ la norma que reguló dicha facultad en el ámbito del proceso judicial. De esta forma, el artículo 9 estableció que “Las organizaciones sindicales y asociativas constituidas y reconocidas de acuerdo a ley, tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que le son propios”; asimismo, el artículo 10, tercer párrafo de la citada norma, estableció que “(...) Los trabajadores pueden conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembros (...)”.

(1) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y huelga*. Primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 51.

(2) Norma que aún permanecerá vigente pues, de acuerdo con lo establecido en la novena disposición complementaria de la Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo, esta entrará en vigencia en julio de 2010 (seis meses después de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*), su aplicación será progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En ese sentido, mediante Resolución Administrata N° 232-2010-CE-PJ se ha aprobado el cronograma de implementación de la Ley Procesal del Trabajo para el presente año 2010. De esta forma, la NLPT entró en vigencia en Tacna (15 de julio de 2010), Cañete (16 de agosto de 2010), La Libertad (01 de setiembre de 2010), Arequipa (01 de octubre de 2010) y Lambayeque (02 de noviembre de 2010). En los demás distritos judiciales del país continuará en vigencia la Ley 26636.

Dicha regulación fue objeto de constante controversia, en la medida que se oponía a lo establecido en el artículo 8 de la LRCT⁽³⁾. En esta, la organización sindical tiene conferida la facultad de defender a sus miembros en conflictos de naturaleza individual salvo que el trabajador, afiliado al sindicato, accione directamente en forma voluntaria o por mandato de ley; mientras que en la LPT son los trabajadores individualmente considerados quienes tienen atribuida la facultad de demandar en conflictos de naturaleza individual, existiendo la necesidad de que otorguen poder expreso para que el sindicato demande en su nombre y representación. Con ello, evidentemente, la ley generó una limitación de la facultad de representación de los sindicatos en beneficio de sus miembros⁽⁴⁾, vulnerándose así la libertad sindical colectiva de actuación.

Esta cuestión fue advertida por el TC pues mientras la doctrina⁽⁵⁾ y la jurisprudencia⁽⁶⁾ se esforzaban en delimitar los conceptos de conflicto colectivo y conflicto

(3) Cfr. PAREDES INFANZÓN, Jelio. *La nueva Ley Procesal del Trabajo*. Segunda edición, San Marcos, Lima, 2000, p. 76.

(4) La propia Exposición de Motivos de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo, se refiere a este asunto al tratar sobre las Innovaciones de la Ley. Así, en el apartado quinto se precisa que: “Se atribuye a los sindicatos capacidad para comparecer (sic) en defensa de sus dirigentes sin necesidad de poder especial de representación, exigencia que la vigente Ley Procesal del Trabajo establece y que limita el cumplimiento de la función de representación y defensa de sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo atribuye a las organizaciones sindicales”.

(5) Al respecto se puede revisar ESPINOZA ESCOBAR, Javier: “Los conflictos de naturaleza colectiva y la comparecencia al proceso de las organizaciones sindicales” En: *Revista Peruana de Jurisprudencia (Compendio especializado sobre Relaciones Colectivas de Trabajo)*, Normas Legales, Vol. 33, setiembre, 2004, pp. 7-24. Asimismo, ROMERO MONTES, Francisco, *Derecho Procesal del Trabajo*, San Marcos, Lima, 1998, p. 50; MORALES CORRALES, Pedro, “Comentarios a Resoluciones del Tribunal Constitucional sobre representación sindical” En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Normas Legales, año 5, número 30, agosto, 2003, p. XXXI; NEVES MUJICA, Javier, *Jurisprudencia en materia laboral*, Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 2000, p. 41; AREVALO VELA, Javier, *Derecho Procesal del Trabajo*, segunda edición, Grijley, Lima, 2007, p. 73-74. ALVA HART, Beatriz, “La representación de las organizaciones de empleadores y trabajadores” En: *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*, SPDTSS, Lima, 2005, p. 104; CUBA COPELLO, Cynthia y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Legitimidad sindical y conflictos laborales” En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, número 100, enero, 2007, pp. 215-224.

(6) Así, por ejemplo, ver sentencia recaída en el Expediente 4169-98-IDL-A, sobre incumplimiento de normas legales y convencionales, en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Mineros contra Compañía de Minas Buenaventura S.A.; en ella, la Segunda Sala Laboral de Lima señala que la configuración del conflicto colectivo exige que los intereses en juego correspondan al grupo a diferencia del conflicto individual en el cual pudiendo existir incluso una pluralidad de sujetos (litisconsorcio activo), este responde a intereses en pugna de sujetos aislados (...) al tener carácter colectivo el conflicto, se atribuye su tutela judicial a las organizaciones sindicales que tienen la representación colectiva (Noveno Considerando).

También, la sentencia recaída en el Expediente 98-471-070701-JL04, en el caso Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa nacional de Puertos contra ENAPU S.A., la Sala Laboral del Callao señala que “los conflictos de aplicación e interpretación de los convenios colectivos (como en el presente caso) son conflictos jurídicos colectivos” (Tercer Considerando) y por lo tanto al sindicato “no puede negársele legitimación para obrar cuando sustenta su pretensión en una convención (Cuarto Considerando).

Por su parte, en la sentencia recaída en el Expediente 98-041-070701 04-A, sobre incumplimiento de disposiciones legales (caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa Alianza Comercial S.A. contra Empresa Comercial Alianza S.A.) la misma Sala confirma “la resolución (...) que rechaza la demanda y dispone su archivamiento”, ya que “el sindicato recurrente demanda el incumplimiento de disposiciones laborales relativos al depósito de la CTS de cuarenta y cinco trabajadores, sin que la petición esté respaldada por las firmas de los interesados ni exista los poderes correspondientes, toda vez que el reclamo versa sobre el

individual para sustentar la obligación de exigir poder expreso de representación para comparecer en el proceso; aquel, a través de sus pronunciamientos, estableció que “los sindicatos no se sustituyen a la voluntad de los trabajadores cuando intervienen en la defensa de los intereses del propio sindicato y de sus afiliados”⁽⁷⁾ y que por lo tanto “no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos”⁽⁸⁾; exigir lo contrario supondría “dejar desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical”⁽⁹⁾.

Toda esta confusa situación ha sido tomada en cuenta para la elaboración de la NLPT en la que, entre otras novedades, se ha regulado la participación del sindicato en el proceso, de tal forma que estos pueden comparecer al proceso laboral “en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y, en defensa de sus dirigentes y afiliados” (art. 8.2.); asimismo, se ha establecido que cuando defiendan a sus dirigentes y afiliados podrán actuar “sin necesidad de poder especial de representación” con la obligación de identificar individualizadamente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones, en la demanda o en la contestación; pero además, el empleador está obligado a poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta, deber que si no es cumplido no afecta la prosecución del proceso (art. 8.3.). También, y denominándola legitimación especial, se ha regulado la posibilidad de que los sindicatos puedan formular pretensiones “derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil” (art. 9.1.) así como en aquellos casos en los que se afecten “los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios” (art. 9.2.).

Como puede advertirse hemos pasado de una escasa regulación del tema de la intervención de los sindicatos en el proceso judicial a una regulación que, si bien tampoco es profusa, ha pretendido otorgarle un mayor protagonismo a los sindicatos en la defensa de los intereses de sus afiliados en la vía judicial, aunque, como veremos, de un modo bastante impreciso.

incumplimiento remunerativo de carácter individual, por lo que el sindicato no puede litigar por su propio derecho, sino con el poder de sus demandantes (Cuarto Considerando).

Finalmente, mediante el Pleno Jurisdiccional de 1998 se estableció que “Las organizaciones sindicales tienen la representación de los trabajadores en conflictos de naturaleza colectiva, pudiendo representar a estos en conflictos de naturaleza individual siempre que exista otorgamiento de poder conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley Procesal del Trabajo, N° 26636.

Las organizaciones sindicales acreditan su representación con la copia del acta de designación en los conflictos de naturaleza colectiva y con el poder correspondiente en los conflictos de naturaleza individual”.

- (7) Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 3311-2005- PA/TC (05.01.2006), Fundamento Jurídico N° 01.
- (8) Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 632-2001- AA/TC (05.08.2002), Fundamento Jurídico N° 08. En el mismo sentido, la sentencia recaída en el Expediente 340-2003-AA/TC (25.11.2004), Fundamento Jurídico N° 01.
- (9) Sentencia recaída en el Expediente N° 632-2001-AA/TC (05.08.2002), Fundamento Jurídico N° 08.

III. EL CONFLICTO LABORAL Y LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS SINDICATOS

El conflicto es consustancial a las relaciones laborales, en la medida que estas se constituyen sobre intereses contrapuestos de los sujetos de la relación y presuponen la existencia de subordinación⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, también es consustancial al conflicto, la búsqueda de soluciones o alternativas ya sea mediante un arreglo amistoso, ya sea mediante la intervención de un tercero imparcial, de naturaleza judicial o extrajudicial⁽¹¹⁾.

El conflicto, en sentido jurídico laboral, se presenta cuando los sujetos de la relación laboral exteriorizan, mediante un procedimiento jurídico preestablecido por ley, una situación de desacuerdo que los opone entre sí y que merece ser solucionada para contribuir a la paz social. Es de esta forma que el conflicto laboral se introduce en el proceso judicial pues este constituye una de los más recurridos medios de solución de los conflictos laborales.

La NLPT recoge la clasificación tradicional que la doctrina y la jurisprudencia han establecido respecto de los conflictos laborales. Así, en el Artículo I de su Título Preliminar establece que: “Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos⁽¹²⁾ (...)”.

Se entiende por *conflicto individual* aquel que se genera entre un trabajador y su empleador y que está referido al reconocimiento de un derecho subjetivo de carácter singular⁽¹³⁾, tiene su origen en un solo contrato de trabajo, presente o extinguido⁽¹⁴⁾. Lo que subyace al conflicto individual es la oposición de intereses concretos, particulares e individualizados de un trabajador y un empleador. Constituyen ejemplos de conflicto individual, las reclamaciones de remuneraciones o beneficios sociales dejados de percibir por un trabajador, los procesos de cese de actos de hostilidad, la impugnación de sanciones distintas al despido, la impugnación de despido arbitrario y despido nulo, la solicitud de daños y perjuicios por comisión de falta grave que causa perjuicio económico al empleador, etc.

(10) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 19. En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, vigésimo quinta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 695.

(11) Cfr. MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIEREZ, Fermín & GARCIA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Décimo sexta edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 382.

(12) Tal como establece la doctrina, el criterio de diferenciación de este tipo de conflictos está referido a los sujetos que participan en el proceso y la naturaleza de los intereses debatidos. Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, Ob. cit., p. 696.

(13) *Ibidem*, p. 697.

(14) ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*, décimo novena edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 978.

Por otro lado, constituye *conflicto plural* aquel en el que varios trabajadores son afectados singular y simultáneamente en sus intereses, aunque no en virtud de causa que afecte a los conjuntos de los que forman parte, con lo que la queja no constituye una reivindicación de carácter general pese a ser presentada por varios trabajadores⁽¹⁵⁾; se trata de “una mera concurrencia de trabajadores identificados en su origen como individuos singulares en los que se dan las mismas circunstancias o se defienden los mismos intereses”⁽¹⁶⁾. Lo que subyace al conflicto plural es la oposición de intereses: del que resulta de la sumatoria de los intereses individuales afectados (en el caso de los trabajadores) y el interés del empleador. Será conflicto plural, por ejemplo, aquel que inicie un grupo de trabajadores reclamando el pago de la CTS que no les fue depositada oportunamente.

El *conflicto colectivo* será aquel que afecta indiferenciadamente a grupos o categorías de trabajadores (de una empresa, rama de actividad, sector profesional, etc.)⁽¹⁷⁾. Reúne, cuando menos, dos elementos: uno subjetivo o personal, en la medida que está referido a un conjunto de trabajadores estructurado y homogéneo afectados por un mismo problema; y uno objetivo, en la medida que se trata de un interés general e indivisible correspondiente al conjunto y no susceptible de fraccionamiento⁽¹⁸⁾. Lo que subyace a un conflicto colectivo será la oposición de un interés colectivo⁽¹⁹⁾ o general del grupo que se atribuye a la colectividad, en cuanto tal colectividad⁽²⁰⁾ (en el caso de los trabajadores) y el interés del empleador o empleadores. De allí que la sentencia que se emita no se referirá a situaciones individuales o concretas del colectivo de trabajadores afectados sino a una determinación, en abstracto, de los derechos y obligaciones, que corresponden a las partes del proceso.

Serán ejemplos de conflictos colectivos, aquellos en los que se busca determinar el convenio aplicable a una empresa o conjunto de trabajadores, aquellos en los que se busca determinar si es la ley o el convenio la norma a aplicar a un grupo o categoría profesional, aquellos en los que se busca dejar sin efecto una cláusula de un convenio colectivo que vulnera el principio de igualdad o aquellos referidos a la aplicación o interpretación de cláusulas normativas de convenios colectivos, etc.

(15) ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Ob. cit., p. 980.

(16) MOLERO MANGLANO, Carlos (Director). *Manual de Derecho del Trabajo*, quinta edición, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 717.

(17) MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín & GARCIA MURCIA; Joaquín. Ob. cit., p. 382.

(18) Cfr. MOLERO MANGLANO, Carlos (Director). Ob. cit., p. 838.

(19) El interés colectivo, denominado también interés profesional, ha sido concebido como el conjunto de necesidades que tienen en común todos los trabajadores asalariados (o de una actividad profesional cuando la distinción es válida); el conjunto de bienes que no pueden lograr individualmente y sí como miembros del grupo organizado. Allí está el límite de la posibilidad de organizarse el grupo como tal, porque allí se exterioriza su misma naturaleza. Asimismo, este es el límite de su capacidad de acción de grupo, sea para reclamar su interés, negociarlo o defenderlo directamente”. Cfr. RAMIREZ BOSCO, Luis, *La función de los sindicatos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1976, p. 68.

(20) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. cit., p. 697.

El análisis del interés que subyace al conflicto es fundamental, en la medida que la posibilidad de accionar en la vía jurisdiccional para solicitar la tutela efectiva a través del proceso judicial, viene definida desde la titularidad del derecho o interés legítimo, de tal forma que el titular del derecho o interés material (o quien afirme serlo) coincide con quien lo hace valer procesalmente⁽²¹⁾. Más aún, “la defensa de intereses colectivos no puede ser acometida de modo individual, sino únicamente a través de procedimientos que permitan la acción concertada de los sujetos afectados y que hagan posible la solución conjunta y globalizada de sus quejas”⁽²²⁾, de allí que –como veremos– serán las representaciones colectivas las que tengan la atribución de presentar reclamaciones judiciales en defensa de los intereses colectivos.

De esta forma, quien tenga (o afirme tener) la titularidad de un interés concreto que merezca protección de los tribunales, ostenta *legitimidad para obrar o legitimatio ad causam* que puede ser entendida como una cualidad “esencialmente subjetiva”⁽²³⁾ que debe poseer un sujeto para poder demandar o ser demandado en un proceso, dicha cualidad viene definida por la especial relación del sujeto con la cuestión objeto del litigio ya que se considera titular del derecho o interés discutido en el proceso⁽²⁴⁾. Es, a decir de Guasp, “la consideración especial en que tiene la ley, en cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, que para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso”⁽²⁵⁾.

En palabras más sencillas, contar con legitimidad para obrar implica “empezar un proceso o seguirlo, haciendo participar como parte demandante a la persona o todas las personas que deben tener tal calidad, y como parte demandada a la (s) persona (s) que le (s) corresponda tal calidad”⁽²⁶⁾ o, en otras palabras, que en el proceso “estén” como demandantes o demandados los que deban estar (los sujetos de la relación jurídico sustancial o, lo que es lo mismo, los titulares del derecho o interés material que se discute).

Es claro, que la existencia de legitimidad para obrar no debe identificarse con el hecho de que el demandante vea reconocido en la sentencia el derecho que pretende, puesto que “también cuando la pretensión se vea desestimada (poniéndose en evidencia que el actor no era titular del derecho que invocaba) habrá que

(21) BAZ TEJEDOR, José Antonio. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 105-106.

(22) MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín & GARCIA MURCIA; Joaquín, Ob. cit., p. 382.

(23) QUIROGA LEON, Aníbal, *Estudios de Derecho Procesal*, Idemsa, Lima, 2008, p. 114.

(24) BANACLOCHE PALAO, Julio; CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 113.

(25) Citado por DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (Director), *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, primera edición, La Ley, Madrid, 2006. p 248-249.

(26) Cfr. MONROY GALVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*, segunda edición aumentada, Palestra, Lima, 2004, p. 232.

considerar legitimado al actor, siempre que la relación jurídica material de la que este fuera parte ofreciera una posibilidad inicial de realidad del derecho reclamado”⁽²⁷⁾.

Atendiendo a las fuentes de donde se deriva la legitimidad para obrar, la doctrina diferencia entre legitimidad para obrar ordinaria y legitimidad para obrar extraordinaria. Según la primera, si la legitimidad para obrar tiene su origen en la relación jurídica sustantiva o material previa al proceso, de tal forma que “los miembros de la relación sustancial previa al proceso, son quienes deben aparecer como sujetos activo y pasivo en la relación procesal”⁽²⁸⁾, nos encontramos frente a la legitimación ordinaria⁽²⁹⁾. Por otro lado, la legitimación extraordinaria se presenta cuando la ley, de forma expresa, atribuye a un sujeto la posibilidad de iniciar y proseguir válidamente un proceso, pese a no ser titular del derecho o interés que está en juego⁽³⁰⁾.

La legitimación extraordinaria puede ser, legitimación por sustitución⁽³¹⁾, que –a decir de Rocco, se presenta cuando las normas legitiman a sujetos no titulares de las relaciones jurídicas sustanciales o de los intereses en juego, a pretender la prestación de la actividad jurisdiccional al lado o con exclusión de los sujetos titulares⁽³²⁾, se ejercita una acción por un derecho ajeno pero en interés y nombre propio⁽³³⁾; y, por otro lado, la legitimación representativa por la cual se autoriza legalmente a un sujeto no titular del interés a demandar por derechos ajenos en nombre propio pero en interés ajeno⁽³⁴⁾.

Cuestión distinta a la *legitimación ad causam* o legitimidad para obrar es la legitimación *ad processum*, legitimación procesal o capacidad procesal. esta no constituye una condición de la acción sino un presupuesto procesal “necesario para

(27) MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, primera edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 87. La jurisprudencia civil peruana, también ha considerado esta situación. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1128-98, Sala de Procesos Sumarísimos, se estableció que “Para que pueda considerarse la existencia de legitimación en la causa basta la afirmación sustentada en la apariencia que se es titular de una relación sustancial dejando al debate probatorio de fondo, la acreditación de la referida condición, salvo que la ausencia por ser manifiesta, pueda ser declarada así, antes de la sentencia”. Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 54.

(28) HURTADO REYES, Martín, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009, p. 277.

(29) “Se parte del supuesto, que la opción de acudir a los órganos jurisdiccionales para plantear determinada pretensión corresponde al titular de la situación jurídica vulnerada o amenazada; es decir, quien inicia un proceso debe declararse titular de la situación jurídica respecto de la cual solicita tutela y debe declarar al demandado titular de la situación jurídica contrapuesta”. Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni en A.A.V.V., Ob. cit., p. 68.

(30) Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio; CUBILLO LOPEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 114. Como afirma Hurtado, “quien invoca la legitimidad para obrar no es el titular del derecho, pues el titular es un tercero, este alega tener interés propio (interés jurídico relevante). Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. cit., p. 282.

(31) El Código Procesal Civil regula la sustitución procesal en el artículo 60. Allí se establece que en el caso previsto en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil (acción subrogatoria) y en los demás que la ley permita (el subrayado es nuestro), una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar a la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.

(32) Citado por HURTADO REYES, Martín, Ob. cit., p. 286.

(33) BANACLOCHE PALAO, Julio; CUBILLO LOPEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 114.

(34) *Ibidem*, p. 114.

que los sujetos del proceso o sus representantes puedan realizar actos procesales válidos, está referida a la capacidad de las partes o sus representantes para validar su participación en el proceso”⁽³⁵⁾.

A diferencia de la legitimidad para obrar (que atiende a quién ha de ser parte en un proceso determinado para que en este el juzgador pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto), la capacidad resuelve las cuestiones de quién puede ser parte y de quién puede actuar en el proceso, pero lo hace en abstracto, es decir, en cualquier proceso⁽³⁶⁾. El ser parte y actuar en el proceso es lo mismo que comparecer en el proceso lo cual implica que se presenten para participar del mismo todas aquellas personas naturales o jurídicas que puedan tener la calidad de parte ya sea por sí mismos o a través de representantes⁽³⁷⁾.

La capacidad procesal se encuentra regulada en el art. 58 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a la NLPT⁽³⁸⁾. Este artículo establece que “Tiene capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte. Los demás deben comparecer por medio de su representante legal”. En relación con los sindicatos, y a tenor de lo establecido en el artículo 23 de la LRCT, la comparecencia al proceso de las organizaciones sindicales se realiza a través de los miembros de la junta directiva quienes ejercen la representación legal del sindicato o de la persona o personas que así hayan sido señaladas en el estatuto del sindicato⁽³⁹⁾.

IV. LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS SINDICATOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

El principio democrático recogido en el artículo 43 de la Constitución, implica, a decir del Tribunal Constitucional peruano, que “a partir de la institucionalización

(35) HURTADO REYES, Martín. Ob. cit., p. 271. De acuerdo con BANACLOCHE y CUBILLO, la capacidad procesal está “directamente relacionada con la capacidad de obrar de la legislación civil: quienes tienen capacidad de obrar plena (las personas físicas mayores de edad – o emancipadas- que no están incapacitadas, y las personas jurídicas por definición), también tendrán capacidad procesal”. Cfr. BANACLOCHE PALAO, Julio, CUBILLO LOPEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 108. Es evidente que en el caso de las personas jurídicas se requiere de una (s) persona (s) natural (es) que expresen la voluntad de la persona jurídica dentro del proceso.

(36) MONTERO AROCA, Juan, CARRATALÁ TERUEL, José Luis y MEDIAVILLA CRUZ, María Luisa. *Proceso práctico Laboral*. Aranzadi, Navarra, 2003, p.120.

(37) AREVALO VELA; Javier. *Derecho Procesal del Trabajo. Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo*, segunda edición, Grijley, 2007, pp. 66-67

(38) Aplicación supletoria que se encuentra regulada en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29497, Ley Procesal del Trabajo.

(39) Como afirma Hurtado, “la capacidad procesal es calificada siempre en relación a una persona natural como titular del derecho que se discute o como representante de otro sujeto de derecho” de allí que sea entendible que el sindicato, en tanto persona jurídica, requiere de personas naturales que comparezcan en el proceso como sus representantes. Cfr. HURTADO REYES, Martín. Ob. cit., p. 247.

de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica social y cultural de la Nación⁽⁴⁰⁾. Esta participación de los individuos organizados colectivamente juega un rol fundamental de “articulación del tejido social, al ser el instrumento básico de representación, defensa y tutela de los intereses colectivos de un determinado sector, grupo o clase social⁽⁴¹⁾”; de allí que, el ordenamiento jurídico, reconozca y regule dicha función de “representación institucional”.

En el ámbito laboral, esta función le es reconocida a los sindicatos que se constituyen en “uniones estables de trabajadores, surgidas con vocación de continuidad⁽⁴²⁾ para desarrollar una finalidad querida y garantizada por el ordenamiento jurídico: el estudio, desarrollo, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social económico y moral de sus miembros⁽⁴³⁾”.

Es evidente que, si el ordenamiento jurídico les otorga a los sindicatos “facultades jurídicas sustantivas de representación de intereses de grupo⁽⁴⁴⁾”, es imprescindible además que los dote de un andamiaje no solo normativo e institucional sino también procesal para garantizar la vigencia de la libertad sindical⁽⁴⁵⁾; razón por la cual se hace necesaria la regulación de la intervención de los sindicatos en el proceso judicial.

Siguiendo a Cruz Villalón, determinaremos la legitimidad para obrar de los sindicatos atendiendo al interés que pretenden tutelar: 1) intereses propios de los representantes colectivos; 2) intereses colectivos del grupo al que pretenden representar; 3) intereses individuales, pero de trascendencia sindical y, 4) intereses estrictamente individuales.

(40) Ver Sentencia recaída en el expediente N° 4677-2004-PA/TC (07.12.2005), Fundamento Jurídico N°. 12

(41) Cfr. CRUZ VILLALÓN Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En: *Temas Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Número 15, 1989, p. 43.

(42) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 133.

(43) A nivel internacional, la propia constitución de la OIT de 1919 reconoce en su preámbulo el principio de libertad sindical como un mecanismo “para frenar el descontento producido por las condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos que constituye una amenaza para la paz y armonía universales”. De la misma forma, los Convenios 87 y 98 de la OIT, la Declaración relativa de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944 y la Declaración de la OIT relativa a los derechos y principios fundamentales en el trabajo, entre otras, reconocen el valor fundamental de la libertad sindical y la sindicación para la protección de la dignidad del trabajador. En el plano nacional, la propia Constitución Política del Perú, en su artículo 28.1. reconoce el rol fundamental de la libertad sindical y de los sindicatos al garantizar este derecho de los trabajadores. De la misma forma la LRCT, en su artículo 2, reconoce el derecho de los trabajadores a la sindicación, sin autorización previa para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social económico y moral de sus miembros.

(44) CRUZ VILLALÓN Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En: Ob. cit., p. 44.

(45) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 61.

1. La defensa de los intereses propios

Los sindicatos se constituyen como personas jurídicas con personería gremial⁽⁴⁶⁾ y de conformidad con lo regulado en el art. 139.3 de la Constitución Política (que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva), el art. VI del Título Preliminar del Código Civil que establece que “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral (...)”⁽⁴⁷⁾ y el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece que “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar”; gozan del derecho a recurrir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses de los que son titulares⁽⁴⁸⁾ o, lo que es lo mismo, “la defensa de sus propios intereses institucionales o asociativos”⁽⁴⁹⁾. De allí que, los sindicatos tienen legitimidad ordinaria para demandar, de modo exclusivo, en “causa propia” (en los términos del art. 8 de la NLPT)⁽⁵⁰⁾ o en defensa de “los intereses económicos y sociales que le son propios” (en los términos del art. 17 de la Ley de Procedimiento Laboral española)⁽⁵¹⁾.

En la determinación de lo que constituye “lo propio” de un sindicato, conviene hacer referencia al contenido del derecho de libertad sindical, específicamente a la libertad sindical colectiva que, a decir de Villavicencio, no tiene como titular a los trabajadores individualmente considerados sino a la organización

(46) De acuerdo con la LRCT, la inscripción del sindicato en el registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo le confiere personería gremial para los efectos previstos en la ley (art. 19 de la LRCT); esto evidentemente implica que el sindicato por el solo hecho de constituirse tiene capacidad de obrar para, entre otras cosas, activar la función jurisdiccional a través de la interposición de demandas en defensa de sus derechos e intereses.

(47) Quienes comentan este artículo, critican su redacción imprecisa y mencionan que lo que aquí se regula –en opinión que compartimos– es la legitimidad para obrar, entendida como presupuesto para poder plantear una pretensión en un proceso, de forma tal que si solo la pretensión es planteada por la persona legitimada, el juez podrá pronunciarse válidamente sobre el conflicto de intereses que le ha sido propuesto. Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni, “Legitimidad para obrar” En: A.A.V.V., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, primera edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 64.

En el ordenamiento español, la Ley del Procedimiento Laboral establece, textualmente en su artículo 17.1 que “Los titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las Leyes”.

(48) Es evidente que, en tanto personas jurídicas, los sindicatos pueden defender sus intereses no solo en la vía jurisdiccional laboral sino también en la vía civil, penal, administrativa, etc.

(49) MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús, SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, et al, Ob. cit., p. 88.

(50) La Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo se refiere a esta legitimidad ordinaria de los sindicatos en el art. 9, cuando establece que “Las organizaciones sindicales y asociativas constituidas y reconocidas de acuerdo a ley, tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que le son propios”.

(51) Cabe precisar –como lo manifiesta Cruz Villalón– que muchos de los conflictos judiciales relacionados con la personalidad jurídica que ostentan los sindicatos, se desarrollan a través de procedimientos que se inician en sedes diversas a la jurisdicción laboral, ya sea procedimientos civiles, contencioso – administrativos, en la “medida que afectan al ejercicio de derechos relacionados con su condición de asociación con personalidad jurídica privada; asociación que celebra determinados contratos civiles o mercantiles –jurisdicción civil– o bien que exige a la Administración el respeto a su esfera de derechos como tal asociación o, en general, un respeto al ejercicio de la libertad sindical - jurisdicción contencioso administrativa-“. Cfr. CRUZ VILLALÓN Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En Ob. cit., p. 47.

sindical⁽⁵²⁾. De esta forma, los sindicatos tendrán legitimidad para obrar en causa propia, por ejemplo, en la defensa de los derechos de constitución y adquisición de la personalidad jurídica, impugnación de los estatutos o su modificación, libre elección de la junta directiva, participación en la negociación colectiva, a recibir información del empleador dentro de un procedimiento de negociación colectiva, el derecho a convocar a huelga, a impugnar las resoluciones administrativas que declaren ilegal una huelga, a exigir responsabilidad por los actos realizados por sus representantes, el derecho a recaudar la cuota sindical, a celebrar reuniones sindicales o para cuestionar cualquier acción que implique un obstáculo, límite o impedimento para el ejercicio de la acción sindical; todas estas situaciones constituyen manifestaciones de los derechos colectivos cuya titularidad corresponde a los sindicatos⁽⁵³⁾ y cuya defensa en juicio les es otorgada.

Es evidente que la defensa de estos derechos que le son propios, son objeto del conocimiento del juez especializado laboral, a tenor de lo establecido en el artículo 2 de la NLPT que regula la competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo. De esta forma, cuando se trata de pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical, en su aspecto colectivo (art. 2.3 de la NLPT), la vía procesal será la del proceso abreviado laboral; cuando se trate de impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo, la vía procesal será la del proceso contencioso administrativo (art.2.4 de la NLPT); en todos los demás casos, los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida la disolución del sindicato serán conocidas en la vía del proceso ordinario laboral (art. 2.1.g. de la NLPT)⁽⁵⁴⁾.

Finalmente, llama la atención que el artículo 9.2. de la NLPT establezca como novedad, la posibilidad de que cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga puedan ser demandantes, además del sindicato, los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito. El otorgamiento de esta legitimidad especial difumina en otros sujetos una función que le corresponde en esencia al sindicato, más aún si se trata de la defensa de

(52) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 51. En el mismo sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 143.

(53) De allí que llame la atención que el artículo 9.2 de la NLPT nuevamente se refiera a la posibilidad que tienen los sindicatos de demandar en defensa de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, puesto que esta atribución ya está contenida en lo establecido en el artículo 8.2. de la acotada norma, cuando se refiere a la defensa de “causa propia” y de “los derechos colectivos”.

(54) Una cuestión que deberá ser reexaminada es la de la procedencia del proceso constitucional de amparo frente a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Ello porque si bien el Código Procesal Constitucional reconoce la posibilidad de acudir al amparo para la defensa de los derechos antes mencionados, también regula la impoedencia del mismo cuando “existan otras vías procesales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado” (art. 5.2. del Código Procesal Constitucional), como las reguladas en la NLPT (art. 2.4.), a través del proceso abreviado laboral, para el conocimiento de las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

los derechos colectivos cuya titularidad le corresponde a aquel; en ese sentido, consideramos que tanto los representantes de los trabajadores como cualquier trabajador o prestador de servicios podrá demandar en defensa de dichos derechos solo en ausencia de sindicato. Quizá un ámbito en el que se evidencie esta legitimación especial es el de la defensa de la negociación colectiva y la huelga, derechos que, de acuerdo con la LRCT, no requieren de la existencia del sindicato para poder ejercerse. En esos casos, y de modo excepcional, la ley privilegia la defensa de dichos derechos, de tal forma que, al no haber organización sindical, será posible que los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador que tenga un interés o se considere afectado puedan interponer una demanda debido a que ostentan una legitimidad extraordinaria.

2. La defensa de intereses colectivos

Esta segunda posibilidad de intervención de los sindicatos en el proceso judicial, tiene que ver con la función genérica de representación y defensa de los intereses socio profesionales de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito. Es evidente que el sindicato no es el titular del interés colectivo, no obstante, por mandato legal (art. 8 de la LRCT), se le atribuye de modo exclusivo la legitimidad para obrar en defensa del interés colectivo, de tal forma que también pasa a formar parte de “lo propio” del sindicato la defensa de los intereses colectivos que “lógicamente se integran dentro de los intereses económicos y sociales reconocidos a las referidas organizaciones”⁽⁵⁵⁾.

Detrás de esta legitimidad extraordinaria subyace lo que el Tribunal Constitucional español conoce como representación de carácter institucional efectuada por la llamada persona jurídica representativa. La representación institucional puede ser explícita “cuando la relación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por lo tanto, de su sistema representativo”⁽⁵⁶⁾ o implícita “cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas”⁽⁵⁷⁾.

En la intervención del sindicato en defensa de intereses colectivos, nos encontramos frente a la representación institucional implícita, en la medida que es la ley la que confiere a los sindicatos la función de representar a la colectividad de trabajadores afectados por el conflicto⁽⁵⁸⁾ y no solamente a sus afiliados. En este caso, “se está legitimando activamente a los sindicatos para que acudan al proceso

(55) MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús, SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, et al. Ob. cit., p. 88.

(56) STC N° 70/1982 de 29 de noviembre, fundamento jurídico N° 02.

(57) Ibidem.

(58) La expresión del artículo 8.a. de la LRCT “trabajadores comprendidos dentro de su ámbito” es bastante reveladora, pues deja en evidencia que cuando se trata de conflictos colectivos, el sindicato no solo cumple su función genérica de representación y defensa de los intereses colectivos respecto de sus miembros sino que lo hace respecto de todos los trabajadores del ámbito de empresa, de gremio, de actividad, etc.

de trabajo a efectos de cumplir la función que de ellos es dable esperar⁽⁵⁹⁾ sin que se entienda que estamos frente a un caso de representación voluntaria dentro del proceso sino más bien de intervención del sindicato en nombre propio y con independencia de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, aunque la resolución judicial produzca efectos inmediatos sobre los intereses de los trabajadores afectados por el litigio⁽⁶⁰⁾; en otras palabras, nos encontramos frente a un caso de legitimidad extraordinaria por sustitución.

Que los sindicatos puedan demandar en defensa de los intereses colectivos se desprende no solo de lo regulado en el artículo 8.a. de la LRCT sino también de lo regulado en el artículo 8.2 de la NLPT que establece que el sindicato puede comparecer al proceso laboral en “causa propia” puesto que esta atribución genérica de representar los intereses colectivos de los trabajadores comprendidos en su ámbito es “muy suya” y constituye una de sus más importantes finalidades; pero además, es necesario tener en cuenta lo regulado en el artículo 9.2. de la NLPT que establece la posibilidad de que los sindicatos demanden cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, es evidente que aquí estamos frente a un interés colectivo cuya defensa, de acuerdo con lo analizado, corresponde al sindicato en virtud de la legitimidad “especial” que le confiere la norma.

Aún más, el citado artículo 9.2. de la NLPT extiende esta legitimidad a los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito, al permitirles demandar cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios. Consideramos que esto solo es factible en ausencia de sindicato y siempre y cuando estos sujetos tengan una relación directa con el objeto del proceso.

Otra cuestión que no ha sido resuelta por la NLPT es la de determinar, por ejemplo, en el caso de pluralidad sindical en un mismo ámbito, cuál sindicato tiene la legitimidad para obrar en defensa de los intereses colectivos ya que la propia norma autorizaría a que cualquier sindicato del ámbito pueda demandar en defensa de los intereses colectivos al no establecer distinción alguna. Esta cuestión es importante debido a que –como ya se ha dicho– la sentencia que se emita en el proceso afecta a toda la colectividad de trabajadores del ámbito.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español, ha determinado que “no basta con la simple condición de entidad sindical (...) ha de tratarse, como es obvio, de un sindicato al cual pueda reconocérsele una relación directa con lo que es objeto del litigio por su notoria implantación en el centro de trabajo o en el marco general al que el conflicto se refiera⁽⁶¹⁾ o que “debe existir un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate

(59) BAZ TEJEDOR, José Antonio. Ob. cit., p. 116.

(60) Ibidem, p. 116.

(61) STC 70/1982, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico N° 06.

en el pleito del que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado o específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado”⁽⁶²⁾.

En el caso peruano, corresponderá a la jurisprudencia pronunciarse sobre el tema; no obstante, consideramos que un criterio que puede ser tomado en cuenta para determinar qué sindicato demanda en defensa de intereses colectivos, en caso de pluralidad sindical, es el de sindicato más representativo (suponiendo que exista tal dentro del ámbito)⁽⁶³⁾; en el caso que ninguno de los sindicatos fuera el más representativo, consideramos que la solución vendría a través de un litisconsorcio necesario que si bien puede generar problemas de efectividad y rapidez del proceso, al menos garantiza que se respeta el derecho de los sindicatos de defender intereses colectivos.

Otra circunstancia que debe tomarse en cuenta cuando hablamos de procesos en los que se discutan intereses colectivos está referida a que el conflicto debe ser jurídico⁽⁶⁴⁾. El artículo II del Título Preliminar de la NLPT establece que para que el sindicato actúe con legitimidad para obrar, no solo será necesario que el interés que se defienda sea un interés genérico, abstracto, que reside en un grupo no determinado y no individualizable de trabajadores, sino que además, debe tratarse de un conflicto jurídico, es decir, un conflicto de aplicación o interpretación de una norma laboral ya existente (norma estatal, convenio colectivo, etc.)⁽⁶⁵⁾, cuya vigencia y validez no se discute, sino que, por el contrario, se aspira a determinar su contenido⁽⁶⁶⁾.

(62) STC 28/2005, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico N° 03

(63) La Ley de Procedimiento Laboral de España, en su artículo 152 ha determinado que quienes se encuentra legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos son: “a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto”; asimismo en el artículo 153 establece que “En todo caso los sindicatos representativos, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; las asociaciones empresariales representativas en los términos del artículo 87 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores y los órganos de representación legal o sindical podrán personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto”.

(64) La doctrina laboral ha establecido también una diferenciación clara entre los llamados conflictos jurídicos o de aplicación que son aquellos que derivan de discrepancias relativas a la interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente y los conflictos económicos o de intereses que tienden al establecimiento de nuevas condiciones de trabajo cuya solución se encontrará en el convenio colectivo, actividad normativa no ejecutiva de lo previamente normado; por todos, Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, MIÑAMBARES PUIG, César; ALONSO GARCIA, Rosa María, Ob. cit., p. 72.

(65) Así se precisa en la Ley de Procedimiento Laboral española que, al regular los procesos de conflictos colectivos en su artículo 151, establece lo siguiente: “Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa.

También se tramitará en este proceso la impugnación de convenios colectivos de conformidad con lo dispuesto en capítulo IX del presente título”

(66) MONTERO AROCA, Juan; CARRATALÁ TERUEL, José Luis y MEDIAVILLA CRUZ, María Luisa, Ob. cit., p. 629.

3. La defensa de los intereses individuales con trascendencia sindical

Cuestión que sí merece particular atención, en lo que respecta a “la defensa de los derechos colectivos”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2. de la NLPT, es el tema de la legitimidad del sindicato para la defensa de la libertad sindical (que es un derecho colectivo) pero en su aspecto individual (cuya titularidad, como es evidente, corresponde a cada trabajador individualmente considerado). La libertad sindical individual incluye un “conjunto de derechos vinculados a la autotutela (sindical) de los intereses del trabajo cuya titularidad se atribuye a los trabajadores individualmente considerados”⁽⁶⁷⁾ los cuales, si bien son derechos de titularidad individual, “están destinados a operar en una dimensión intersubjetiva y adquieren en su fase de ejercicio una indiscutible trascendencia colectiva”⁽⁶⁸⁾.

En este caso, hablamos de situaciones en las que, aprovechando su poder de dirección que se materializan en un trabajador individualizado, el empleador “impide el ejercicio de derechos de actividad sindical en la empresa o fuera de ella”⁽⁶⁹⁾ ya sea, por ejemplo, cuando se obstaculizan las actividades de un representante sindical o miembro del sindicato o un trabajador que desea desarrollar actividad sindical, o cuando se despide a un trabajador a causa de su actividad sindical, o cuando se obstaculiza el ejercicio del derecho de huelga de un trabajador en particular, o cuando se incumplen, en la esfera individual, con acuerdos pactadas entre empleador y sindicato, afectándose no solo al individuo trabajador sino la buena fe que debe existir en el cumplimiento de los compromisos asumidos, etc.

En este caso, la legitimidad para obrar corresponde a cada trabajador individualmente considerado en tanto titular del interés subjetivo y concreto que se discute en el proceso; evidentemente, la intervención del sindicato en este tipo de conflictos puede ser a título colaborativo⁽⁷⁰⁾, lo cual constituye una expresión “de la intervención procesal en un litigio pendiente entre demandante y demandado, con la finalidad de ayudar procesalmente a una de las partes, ya que con ello se logra también defender, aunque sea indirectamente, los propios intereses al existir una conexión entre estos y la relación jurídico-material debatida”⁽⁷¹⁾.

(67) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 138.

(68) Ibidem, p. 139. Menciona el autor que la libertad sindical individual comprende los derechos de los trabajadores a fundar sindicatos, a afiliarse al de su elección, a participar democráticamente en las actividades de aquel del que forma parte así como el derecho del trabajador a la actividad sindical. Es evidente además que todos estos derechos también tienen una manifestación negativa: no fundar sindicatos, no afiliarse, desafilarse, etc.

(69) CRUZ VILLALÓN Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En Ob. cit., p. 69.

(70) La Ley Orgánica 11/1985, Ley Orgánica de Libertad Sindical Española regula en su artículo 14 que la participación del sindicato como tercero coadyuvante cuando se lesiona la libertad sindical de un trabajador. Así se establece que: “El sindicato a que pertenezca el trabajador presuntamente lesionado, así como cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo, podrá personarse como coadyuvante en el proceso incoado por aquel”:

(71) BAZ TEJEDOR, José Antonio. Ob. cit., p. 110.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, es claro que los sindicatos no cuentan con legitimidad para obrar en defensa de intereses individuales con trascendencia colectiva. Ello se desprende de la interpretación sistemática de los ya mencionados artículos 8.c. de la LRCT y 8.2. y 8.3. de la NLPT; este último artículo evidencia claramente que, al no tratarse de un interés propio del sindicato, este actúa como representante⁽⁷²⁾, sin necesidad de poder expreso de representación.

Por otro lado, al ser aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil, es posible que el sindicato no solo actúe como representante de sus dirigentes y afiliados en conflictos de naturaleza individual con trascendencia colectiva sino también que intervenga como tercero coadyuvante, en los términos regulados en el artículo 97 de la citada norma⁽⁷³⁾.

Pese a que no se encuentra regulado expresamente, consideramos posible que, en determinados casos que deberán ser examinados adecuadamente por el juez, dada la pluriofensividad del acto lesivo individual, sería posible otorgar legitimidad activa al propio sindicato. Esto ocurrirá cuando, sea posible que frente aun acto lesivo individual tanto trabajador afectado como el sindicato puedan plantear un petitum diferenciado referido uno, al aspecto individual de la libertad sindical lesionado, y el otro, al aspecto colectivo. Cruz Villalón, plantea como ejemplo que, si con ocasión de un traslado de un delegado de personal, el sindicato al que está afiliado este trabajador pierde un representante en la empresa, cabría una reclamación individualizada del trabajador solicitando el reintegro al centro de trabajo de origen, y al mismo tiempo, otra colectiva por parte del sindicato de resarcimiento del daño ocasionado⁽⁷⁴⁾; en ese caso, queda claro además que se produciría una acumulación de acciones.

4. La defensa de intereses estrictamente individuales

Quedando fuera de duda la legitimidad para obrar de los sindicatos en “causa propia” y en “defensa de los intereses colectivos”, cuando estamos frente a intereses individuales (sea que se trate de intereses individuales con trascendencia sindical o sea que se trate de intereses estrictamente individuales), quien cuenta con legitimidad para obrar en defensa de dichos intereses es el propio trabajador pues, dados los intereses en juego (intereses concretos, subjetivos, individuales), no podrá

(72) Sobre la forma como opera la representación deberá revisarse el punto 4.4. del presente artículo.

(73) Al igual que lo regulado en el artículo 97 del Código Procesal Civil peruano, la doctrina española establece que para la participación del sindicato como coadyuvante es necesario que “el trabajador haya planteado la acción oportuna por propia iniciativa; la incorporación posterior del sindicato al proceso no interrumpe el curso de este, no pudiendo el sujeto colectivo ni alterar ni ampliar el objeto de la pretensión planteada por el trabajador; el sindicato no puede efectuar actos dispositivos, salvo el desistimiento de la intervención por él promovida; la resolución judicial no tendrá efectos procesales, sobre el sindicato”. Cfr. BAZ TEJEDOR, José Antonio. Ob. cit., p. 111.

(74) CRUZ VILLALÓN Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En Ob. cit., p. 71.

concluirse que el sindicato “tiene legitimación para la tutela judicial de derechos subjetivos individuales de un trabajador, ni aún en el caso de que esté afiliado”⁽⁷⁵⁾.

Como afirma la doctrina española, comentando el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral español⁽⁷⁶⁾, el que se haya otorgado la posibilidad a los sindicatos de defender a sus miembros en conflictos de naturaleza individual es consecuencia del intento legal de fortalecer a las organizaciones sindicales; no obstante en este caso, seguimos estado frente a un supuesto de representación⁽⁷⁷⁾ y no de legitimidad. Y ello es así por cuanto la novedad introducida por la NLPT no consiste en atribuirle legitimidad para obrar a los sindicatos para la defensa de los intereses individuales (sea que se traten de intereses individuales con trascendencia sindical o sea que se traten de intereses estrictamente individuales) sino que, dando solución a la larga discusión sostenida por la doctrina y cambiando los precedentes jurisprudenciales, ha establecido que no se requiere de poder especial de representación para ejercitar la defensa de los intereses individuales⁽⁷⁸⁾.

Detrás de esta “facilidad” establecida para la actuación del sindicato existen razones que buscan el fortalecimiento de la labor de los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores (incluidos los intereses individuales) que ya venía anunciada por la propia LRCT (art. 8.c); además, desde el punto de vista del trabajador, la experiencia judicial peruana demuestra la reticencia del trabajador a iniciar procesos contra su empleador por miedo a las represalias que este pueda adoptar contra aquel; motivo suficiente para facilitar la labor del sindicato en defensa de los intereses individuales.

Ahora bien, la participación del sindicato en la defensa de intereses estrictamente individuales (también en los casos de intereses individuales con trascendencia

(75) MONTERO AROCA, Juan, CARRATALÁ TERUEL, José Luis y MEDIAVILLA CRUZ, María Luisa, Ob. cit., p. 122.

(76) Ley de Procedimiento Laboral, art. 20: “1. Los sindicatos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación. 2. En la demanda, el sindicato habrá de acreditar la condición de afiliado del trabajador y la existencia de la comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso. La autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del trabajador afiliado. En el caso de que no se hubiese otorgado esta autorización, el trabajador podrá exigir al sindicato la responsabilidad que proceda, que habrá de decidirse en proceso laboral independiente. 3. Si en cualquier fase del proceso el trabajador expresara, a presencia judicial, que no había recibido la comunicación del sindicato o que habiéndola recibido hubiera negado la actuación de actuación en su nombre, el juez o Tribunal, previa aduiciencia del sindicato acordará el archivo de las actuaciones sin más trámite”.

(77) MONTERO AROCA, Juan; CARRATALÁ TERUEL, José Luis y MEDIAVILLA CRUZ, María Luisa, Ob. cit., p. 128.

(78) Es necesario efectuar una distinción la no exigencia del poder expreso de representación para que el sindicato defienda los intereses individuales solo está referida a aquellos supuestos en los que quien está legitimado para obrar es el trabajador afiliado al sindicato. Eso significa que, en los demás casos, en los que sea un trabajador no afiliado al sindicato que solicita a este que lo represente en juicio, será necesario otorgar poder expreso de representación en los términos establecidos en el artículo 72 del Código Procesal Civil (es decir poder por escritura pública que no requiere estar inscrito en los registros Públicos o poder por acta ante el juez del proceso).

sindical) se regula no solo por lo establecido en el art. 8.3. de la NLPT sino que cobra especial relevancia lo regulado en el art. 8.c de la LRCT. De esta norma se desprende que la figura que subyace a esta intervención del sindicato es una de representación voluntaria, en tanto que el sindicato actúa en nombre e interés del trabajador, lo cual significa que es el trabajador, y no el sindicato, quien actúa como parte en el proceso y ello porque “el principio de disponibilidad de derechos propios de los procesos de Derecho privado, fuerza a atribuir la legitimación a quien es titular de la relación material”⁽⁷⁹⁾.

La interpretación sistemática de los artículos 8.c de la LRCT y los artículos 8.2. y 8.3. de la NLPT nos puede llevar a concluir lo siguiente:

1. Estamos frente a un caso de representación pues no se atribuye al sindicato legitimación para accionar en defensa de los intereses individuales como ocurre en los supuestos de defensa de causa propia o de intereses colectivos. Pese a que, a diferencia de la Ley de Procedimiento Laboral de España, en la NLPT no se establece expresamente que el sindicato actúa en nombre e interés de sus afiliados, es claro que, en el caso de la defensa de intereses individuales, es el trabajador y no el sindicato quien interviene como parte en la relación jurídica procesal; más aún, de acuerdo con lo mencionado líneas arriba, estamos frente al supuesto de representación institucional explícita a la que hacía referencia el Tribunal Constitucional español, en la medida que la posibilidad que tiene el sindicato de representar a los trabajadores en la defensa de los intereses individuales es consecuencia de la afiliación de estos a aquel⁽⁸⁰⁾.
2. Justamente por estar frente a un supuesto de representación explícita se requiere que los trabajadores y dirigentes a quienes represente el sindicato sin necesidad de poder especial de representación, sean trabajadores afiliados. Ello además sustenta la obligación de acreditar la afiliación al sindicato; de allí que se haya regulado la necesidad de que en la demanda o en la contestación de la demanda deberá identificarse individualizadamente al afiliado o a cada uno de los afiliados.
3. Aun cuando la NLPT confiere al sindicato la posibilidad de representar a sus dirigentes y afiliados, consideramos que estamos frente a un supuesto de representación voluntaria y no de representación legal⁽⁸¹⁾ debido que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se expresa con claridad que estamos frente a

(79) CRUZ VILLALÓN Jesús, “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En Ob. cit., p. 72.

(80) La LRCT, en su artículo 8.c., evidencia lo manifestado toda vez que establece que la función de representación y defensa en las controversias o reclamaciones de carácter individual, es a favor de sus miembros. Asimismo, el art. 8 de la NLPT establece que el sindicato puede comparecer en defensa de sus dirigentes y afiliados.

(81) En opinión con la cual disentimos, Elías Mantero, al comentar los artículos referidos a la modificación de las reglas de comparecencia de las organizaciones sindicales, manifiesta que estamos frente a una “forma de

una representación voluntaria (como ocurre en el ordenamiento laboral español⁽⁸²⁾), la interpretación sistemática tanto de la LRCT como de la NLPT y la naturaleza misma de la función de los sindicatos nos llevan a afirmar ello.

Respecto de la interpretación sistemática de la LRCT y de la NLPT debemos tener en cuenta que el artículo 8.c. de la LRCT deja en evidencia que al ser el trabajador el titular del interés individual, es él quien decide si otorga la representación al sindicato o si “acciona directamente en forma voluntaria”, lo cual significa que el sindicato debe estar autorizado por el trabajador afiliado para actuar por él, en la medida que el sindicato “no actúa como portador del interés sindical-colectivo sino como representante de derechos e intereses individuales”⁽⁸³⁾; además, cuando el artículo 8 de la NLPT se refiere a la posibilidad de que el sindicato comparezca en el proceso en defensa de sus dirigentes y afiliados usa el término “puede” y no “debe”, posibilidad que quedará subordinada a la decisión más conveniente para el trabajador; por otro lado, el artículo 8.3 de la NLPT introduce como modificación al actual sistema de intervención de los sindicatos en el proceso de trabajo, la no exigencia de poder especial de representación para que el sindicato represente a sus afiliados; no obstante, ello no puede ser entendido en el sentido de que la representación deja de ser voluntaria para convertirse en legal sino que, en caso el trabajador decida otorgar la representación al sindicato, no se le exigirán a este mayores formalidades para el ejercicio de dicha representación en el proceso.

Por otro lado, respecto de la naturaleza misma de la función de los sindicatos conviene recordar que la acción sindical se proyecta en el mundo laboral teniendo en cuenta la defensa del hombre en cuanto trabajador y en cuanto persona humana; de ello se desprende que el fin de los sindicatos de servir al hombre constituye un límite jurídico moral de su actividad y, por otro lado, que no obstante su primera intención protectora puede devenir en demoleadora de la persona del trabajador si es que no contribuyen a la personalización del trabajador sino a su masificación⁽⁸⁴⁾; si por dotar de mayores vías de protección al trabajador termina por suplantarse su voluntad en la defensa de sus propios intereses, entonces la acción del sindicato habría perdido toda legitimidad, ya que de lo que se trata es de “situar en un primer plano la voluntad

representación legal”. Cfr. ELIAS MANTERO; Fernando, “Comentario inicial de la nueva Ley Procesal del Trabajo” En: *Soluciones Laborales*, número 29, mayo, 2010, p. 67.

(82) Del artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral española se desprende que se trata de una representación voluntaria (porque el sindicato debe estar autorizado por el trabajador afiliado para actuar por él) y además presunta (porque se presume que el sindicato representa al afiliado en cuyo nombre dice actuar, salvo declaración en contrario del trabajador. Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús, SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, et al, Ob. cit., p. 98.

(83) *Ibidem*, p. 97.

(84) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge en el prólogo de la obra de RAMIREZ BOSCO, Luis, Ob. cit., p. 8-9.

del trabajador”⁽⁸⁵⁾ y que “el interés individual sea prioritario sobre el del sindicato, de manera que la decisión sindical ha de plegarse a la del trabajador singular”⁽⁸⁶⁾.

4. Quizá el principal problema de la actual regulación radique en el hecho de que no se han establecido expresamente mecanismos que permitan dejar constancia que el trabajador solicitó al sindicato que lo represente o, al menos, algún mecanismo que le permita al trabajador manifestar su oposición a verse representado por el sindicato y la responsabilidad del sindicato en caso actúe contra la voluntad del trabajador, así “quedaría asegurada la libertad del trabajador individual y el principio procesal de disponibilidad”⁽⁸⁷⁾; cuestión que no es poco importante puesto que estamos frente a un supuesto de representación y el representante no tiene capacidad de disposición de los derechos de sus afiliados; además, consideramos carente de sustento que sea el empleador quien comunique al trabajador la demanda interpuesta y no el sindicato al que este está afiliado, más aun, que la inobservancia del deber de comunicación del empleador no afecte la prosecución del proceso.

Cuestión distinta hubiera sido si, como ocurre en el ordenamiento jurídico español, aun cuando la representación es voluntaria, se presume *iuris tantum* que el sindicato demandante representa al afiliado, salvo declaración en contrario del trabajador. Además, en dicho ordenamiento jurídico se establece que el sindicato debe demostrar la existencia de la comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso y que si el trabajador no manifiesta su voluntad contraria de modo expreso y la pone en conocimiento del sindicato, se supone que el sindicato actúa por el trabajador y que los efectos del proceso recaen sobre este, pudiendo el sindicato realizar todos los actos procesales; por otro lado, se establece a favor del trabajador, la posibilidad de exigir al sindicato la responsabilidad que proceda cuando no hubiera otorgado su autorización o no hubiera recibido la comunicación del sindicato.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las consideraciones precedentes buscan precisar el contenido de las normas de la NLPT relacionadas con la participación del sindicato en el proceso judicial y que, entre otras innovaciones, han modificado el modo de actuación de los sindicatos en el proceso laboral. Es evidente que la idea rectora ha sido la de consolidar la labor de los sindicatos como entes que defienden los derechos e intereses de los trabajadores y dotar de facilidades para una adecuada labor sindical en defensa de los intereses de sus miembros. No obstante, consideramos que la norma en su afán de

(85) BAZ TEJEDOR, Ob. cit., p. 111.

(86) *Ibidem*, p. 111.

(87) CRUZ VILLALÓN Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”, En Ob. cit., p. 74.

otorgar las mayores facilidades al sindicato ha ido mucho más allá pues suplanta la voluntad del individuo trabajador en defensa de sus intereses individuales sin dotarlo de mecanismos que permitan salvaguardar la libertad del trabajador; por otro lado, el haber otorgado de un modo impreciso legitimidad para obrar a sujetos distintos al sindicato ha difuminado una función que en esencia le corresponde al sindicato y que no contribuirá a la consolidación de sus funciones propias. Además, la norma contiene una serie de imprecisiones y deficiencias que deberán ser subsanadas por los jueces al momento de interpretarlas y aplicarlas.

LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

Leopoldo Gamarra Vélchez^()*

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por objeto analizar los principios en la nueva ley procesal. Como sabemos, el 15 de enero del presente año se publicó la nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, en vigencia desde el mes de julio según la Novena Disposición Complementaria de la mencionada ley. Por ello, es relevante el IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que debatirá los “Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo”; en tanto incide en temas que estamos seguros servirán para contribuir en la reflexión y crítica de nuestra legislación laboral.

En ese sentido, desarrollaremos los principios en la nueva ley a través de tres temas: como cuestión previa trataremos la importancia de los principios en el Derecho del Trabajo, el proceso laboral y la necesidad de los principios propios; como segundo tema, la instrumentalización de los principios procesales generales con la ubicación de los principios operacionales y los principios en la Constitución actual; finalmente, abordaremos los principios específicos de la nueva ley destacando los elementos positivos. Cabe señalar, que los principios del proceso de trabajo son aquellos que actúan como líneas directrices, como soporte para el ejercicio justo y correcto de las leyes, de tal manera que sirven para inspirar las soluciones en las controversias y orientar la interpretación de las normas ya existentes; además por

(*) 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, Especialista laboral y previsional del Congreso de la República.

supuesto, de permitir la solución de aquellos casos no previstos en la formalidad legal. Pero lo que es crucial es advertir que incluso los principios bien establecidos se encuentran sujetos a una permanente actualización conceptual, precisamente por la necesidad de proveer explicación a nuevos fenómenos.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. Importancia de los principios en el Derecho del Trabajo

Los siglos de vigencia y experiencia que tienen las ramas jurídicas, obligan a diferenciar la originalidad de los Principios del Derecho del Trabajo, de reciente data y a reconocer la clarividencia de aquellos postulados que hacen posible “la creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano (...)”⁽¹⁾. En efecto, la importancia de los principios en los que se funda el Derecho del Trabajo, estriba en la función fundamental que ellos juegan, como lo señala Manuel Alonso García⁽²⁾, “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho”.

Es decir, los principios a que hacemos mención, asumen características que es necesario resaltar. Una primera característica, consiste en señalar que son enunciados básicos, que pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no una en particular, de tal manera que puedan ser utilizados en una diversidad de situaciones, lugares, tiempos, etc.; y tienen un sentido lógico desde el Principio Protector hasta el Principio de No Discriminación, que Américo Plá Rodríguez agrega a los ya conocidos⁽³⁾. La razón de ser de los principios del Derecho del Trabajo, adquieren así un carácter ajeno, particular, diverso, independiente de otra rama del Derecho, justifican su autonomía y su peculiaridad, son especiales al margen de que pudieran existir variables similares o parecidas y que cumplen la función de informar, normar e interpretar, dotándolos de fundamentos orientadores⁽⁴⁾. Es menester además, tener en cuenta que estos principios en que se funda el Derecho del Trabajo, son el apoyo, el soporte que permite suplir la estructura conceptual asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas. Por ello, volver a los principios primigenios del Derecho del Trabajo, quiere decir identificarlos con los derechos de los trabajadores, destacando a pesar de que todos tienen la misma

(1) Emilio Morgado Valenzuela, *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo*, Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trujillo, 27–29 octubre 2004, SPDTSS, p. 36.

(2) ALONSO GARCÍA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Barcelona, 1960, p. 247

(3) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 3ra edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

(4) Ver conferencia dictada por Américo Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho Laboral*, en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Mexicali BC, noviembre 1994, p.34.

jerarquía, el de protección del trabajador que explica su necesidad en la desigualdad inherente a toda relación de trabajo⁽⁵⁾.

Y los principios del Derecho del Trabajo nos llevan a interpretar los derechos sociales desde su verdadera y más elemental dimensión. Aunque muchos lo ocultan, son esencialmente derechos del hombre o derechos humanos. Se trata de derechos que deben gozar todos los trabajadores como personas y ciudadanos, de manera efectiva, pues no se alcanza fin alguno solamente por el reconocimiento de los derechos en general si el Estado no se preocupa por la suerte de hombres y mujeres considerados ya no solo como trabajadores y como consecuencia, debe garantizar simultáneamente el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades políticas.

2. El proceso laboral y necesidad de principios propios

El proceso, en su sentido etimológico, viene de *processus* que significa avance y progreso encaminados a algo. Procesalmente podemos traducir la noción de avance y progreso como vocablos en estructura de reglas y actos encaminados a la consecuencia de algo: la sentencia. Es decir, el proceso en general vendría a ser un conjunto de reglas, formas y actos para la consecución de ciertos fines, fundamentalmente la solución de un conflicto a través del Derecho como categoría de la mediación social⁽⁶⁾. En general “la actividad mediante la cual se desarrolla en concreto la función jurisdiccional se llama proceso”⁽⁷⁾. Por ello, hay que diferenciar entre proceso y procedimiento: el proceso es el todo organizado de actos, el procedimiento constituye tan solo la forma externa del fenómeno procesal, los modos con los cuales deben ser realizados y ordenados los actos que corresponden al proceso. Los actos procesales constituyen el procedimiento, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso que tiene como fin resolver el conflicto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional mediante un fallo⁽⁸⁾.

Entonces, se entiende “por procesos laborales los concebidos para resolver litigios en que se invocan reglas y normas relativas al trabajo dependiente”⁽⁹⁾, como

(5) Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 2/83 del 25 de enero, citada por Federico Durán López, se resalta este criterio: “El Derecho del Trabajo, superando las reglas de la libertad e igualdad de las partes en que se basa el derecho de los contratos, se constituye en un ordenamiento compensatorio e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales” (DURÁN LÓPEZ, Federico. *Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, p. 107).

(6) Se trata de la regulación normativa de las interacciones, que es lo que convierte al Derecho en una categoría de la mediación social en la perspectiva de Jürgen Habermas, puesto que a los justiciables y a toda la sociedad les interesa que se solucionen los conflictos.

(7) TULLIO LIEBMAN, Enrico. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Jurídicas Europa América, p. 25.

(8) El proceso como “el medio acordado por todos para mantener o restaurar el equilibrio social, resulta indispensable que jueces, abogados, litigantes, auxiliares de justicia, estudiantes de Derecho, se percaten de que detrás de todo expediente existe un proceso y detrás de todo proceso, hay un drama humano (...)” (PARODI REMÓN, Carlos. *El Debido Proceso*, Ponencia del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú, 7-9 agosto 1996, p. 40).

(9) DIÉGUEZ, Gonzalo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 4ta edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 635.

un conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente con el objeto de resolver un conflicto laboral. Es decir, esta actividad se lleva a cabo para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en materia laboral, que se caracteriza fundamentalmente por:

- Constituir un instrumento tuitivo en favor del trabajador, por medio del cual el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, tutela y ampara al más débil del conflicto laboral.
- Constituir un instrumento del Estado que busca alcanzar la justicia social.

Esas características del proceso laboral significan contar con principios propios, alteraciones en los conceptos de jurisdicción, competencia, acción, sujetos del proceso, etc.

Los principios del Derecho Procesal de Trabajo poseen sus propias características y funciones dentro del Derecho Laboral: sustantividad propia en razón de su generalidad y obedecen a la inspiración de justicia social, que es la razón de ser desde su nacimiento; de ahí que busquen favorecer al trabajador. Y se vinculan con cada institución procesal en una determinada realidad social, en donde actúan o deben actuar, ampliando o restringiendo el criterio de su aplicación. Por ello, es importante la necesidad de una autonomía dogmática a través de sus principios propios y autonomía normativa, que permitan construir un sistema del Derecho Procesal del Trabajo. En tanto que un sistema, denota una relación de coherencia entre los principios y las normas que la componen.

En general, el principio protector es el principio que traduce mejor la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, esta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación laboral; de ahí que históricamente las legislaciones hayan establecido normas protectoras en sus leyes positivas como principio compensatorio de la diferencia entre el trabajador y el empleador en la relación contractual.

Eduardo Couture estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. En ese sentido es que, en esta rama del Derecho se introduce la idea de la igualdad jurídica compensada⁽¹⁰⁾. La dependencia del trabajador al empleador es triple: facultad de dirección, administrativa y poder disciplinario, que les son inherentes como empleador, por lo tanto tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio. Además, el trabajador se encuentra

(10) Suponemos que esta idea se basa en el pensamiento del filósofo Aristóteles, quien sostenía que “el principio de igualdad exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes de manera diferente”.

sometido a una dependencia económica del empleador al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que esta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica. Entonces, la justificación de este principio se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se presenta como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios para que compense su situación. Específicamente, para el proceso laboral, tenemos el principio de equidad. La palabra equidad, que viene del latín *aequitas*, expresa la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza⁽¹¹⁾. Aristóteles caracterizaba la equidad como una manera de justicia que se adapta a la singularidad de cada caso⁽¹²⁾. Es decir, la equidad pertenece a lo justo, es la justicia singularizada al caso individual, como proporción que hay entre la norma y las exigencias reales encerradas en cada caso⁽¹³⁾. En términos jurídicos, la equidad atenúa el Derecho positivo, disminuye el rigor de la ley. Según Kant el Derecho más estricto constituye la mayor injusticia⁽¹⁴⁾. En otros campos del Derecho, las consecuencias de la rigidez jurídica implacable pueden ser muy dramáticas⁽¹⁵⁾.

Procesalmente, el principio de equidad sirve al juez como criterio para aplicar las normas jurídicas cuando el Derecho positivo se lo permite. De ahí que “la naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que esta resulta insuficiente en virtud de su carácter general”. Es decir, Aristóteles consideraba a la equidad como *juris legitimi enmendatio* (legítima corrección del Derecho) y como *legis supplementum* (suplemento de la ley), y a la cual se debía acudir para interpretarla esta y que debía prevalecer en caso de duda, según determinados principios.

3. Recuperación de los principios en el Texto Sustitutorio

La Comisión de Trabajo del Congreso de la República, en su primera sesión ordinaria de la Legislatura 2006-2007, celebrada el 21 de agosto de 2006, acordó actualizar el proyecto de una nueva Ley Procesal del Trabajo de la anterior comisión como un nuevo proyecto de Ley N° 117/2006-CR⁽¹⁶⁾. Dicho proyecto en cuanto a los principios contiene casi la misma estructura y conceptos de procesos civiles que responden a otros principios propios del Derecho privado. Por otro lado, el proyecto de Código Procesal del Trabajo presentado por el Poder Judicial cuenta con un Título Preliminar que señala los principios de oralidad, interpretación de las

(11) *Aequitas* es un concepto filosófico de la escuela histórica griega, trasladado por la jurisprudencia romana al terreno jurídico. Es decir, existe influencia griega en el concepto de la *aequitas* romana.

(12) Aristóteles, *Ética a Nicómano*, Capítulo V del Libro V.

(13) Podría decirse que aquellos que ven solo desde la ley lo justo o injusto, no podrán distinguir jamás con tanta precisión como los que ven con los ojos de la equidad.

(14) KANT, Manuel. *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres y crítica de la razón práctica*. Ed. Porrúa, 5ta edición, México, 1983.

(15) Así tenemos en la literatura: Los Miserables de Víctor Hugo, El Gran Inquisidor de Fedor Dostoiewski, entre otros.

(16) Existen otros proyectos que planteaban solo modificaciones parciales a la Ley N° 26636: Los Proyectos de Ley N° 982/2006-CR, N°1575/2007-CR, N°3483/2009-CR, N° 3489/2009-CR.

normas procesales laborales, el *indubio pro operario*, la irrenunciabilidad de derechos laborales, etc.; pero sin claridad en cuanto a su operacionalidad.

Finalmente, la propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo fue impulsada por el entonces Ministro Mario Pasco Cosmópolis. La propuesta tiene como finalidad expresa el acceso a la justicia laboral y se inspira en la oralidad y en las nuevas tecnologías. Para ello se plantea algo muy novedoso en nuestro país tres elementos claves para toda reforma judicial: la formación y capacitación de todos los operadores del Derecho Laboral, contar con infraestructura que posibilite llevar a cabo las audiencias judiciales públicamente y con participación de todos los involucrados del proceso laboral, y finalmente contar con las normas claras sobre el nuevo Proceso laboral. Sin embargo, ese Proyecto del Ejecutivo de la Ley Procesal del Trabajo fue modificado y se presentó formalmente como Proyecto N° 3467/2009-PE como resultado del grupo de trabajo creado por R.M. N° 006-2009-TR respecto del proyecto elaborado por la comisión creada por R.M. N° 044-2008-TR. Curiosamente, en el Título Preliminar no reconocía ningún principio del proceso laboral⁽¹⁷⁾. Esta lamentable omisión de los principios era muy grave, tanto que el Colegio de Abogados de Lima manifestó su desacuerdo señalando que el mencionado proyecto “tiene una serie de omisiones (...), no menciona ningún principio del proceso laboral, lo que deja sin límite alguno al operador del derecho para que pueda interpretar la norma laboral conforme a su tendencia o mejor saber y entender, lo que conllevaría a la impredecibilidad de la administración de justicia”⁽¹⁸⁾. Igualmente, algunos laboralista como Adolfo Ciudad señalaron que “abstenerse de su proclamación en el Título Preliminar de los principios procesales laborales, constituye una carencia de dirección, como un barco a la deriva; es no tener aquellos pilares donde descansan las paredes del gran edificio jurídico procesal”⁽¹⁹⁾. En el Texto Sustitutorio del Dictamen de la nueva Ley Procesal del Trabajo, producto del debate en la Comisión de Trabajo, para la aprobación en el Pleno del Congreso, se incorporaron en el Título Preliminar, artículo 1, los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Por otro lado, también es lamentable que hasta hoy no se haya aprobado, en el Congreso de la República, el Proyecto de la Ley General del Trabajo después de

(17) Intentando una definición del proceso laboral, puede decirse que es el conjunto de actos procesales que se desarrollan en forma progresiva, sistemática y teleológicamente, que son realizados por el Juez y las partes en cumplimiento de las normas procesales, con el objeto de resolver un conflicto laboral mediante una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional. ¿Pero cuándo una norma es procesal y qué son los conflictos laborales en la doctrina procesal? Todos sabemos que las normas jurídicas no vienen a ser otra cosa que una estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de manera objetiva y obligatoria. La naturaleza procesal de una norma jurídica no depende del cuerpo de disposiciones en que se halla inserto, sino de su contenido propio (J. COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, T. III, 1979).

(18) Oficio N° 112-2009-D-CAL, del Decano del Colegio de Abogados de Lima al Presidente de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, Lima 16 de noviembre del 2009.

(19) CIUDAD, Adolfo. *Análisis del Proyecto de Reforma Laboral Peruana*, Documento de Trabajo, Antigua de Guatemala, 28 de octubre del 2008.

varios años en el Consejo Nacional del Trabajo y en el Congreso de la República. Como señala Américo Plá Rodríguez “el carácter protector de la ley sustantiva de trabajo, mientras tanto, se proyecta sobre el procedimiento e inspira el criterio hermenéutico adoptado por el juez, no solo al formularse la sentencia sino también al conducir el proceso. Aquí como fue escrito anteriormente, el Derecho Procesal del Trabajo se moldea según el contexto del Derecho del Trabajo, por cuanto al contrario, de lo que ocurre, según la ley explícita de los líquidos, en el mundo jurídico el continente se ajusta a la forma del contenido”⁽²⁰⁾. Es decir, el Derecho Procesal del Trabajo nace de la necesidad de garantizar y plasmar los derechos sustantivos de los trabajadores en caso de ser desconocido, incumplido o conculcado. En esto radica su importancia cada vez mayor por los fines que se propone y las consecuencias que trata de evitar. Ambos aspectos requieren la necesidad de adecuar los lineamientos del proceso en general con las normas y principios del Derecho del Trabajo, a las particularidades propias de los conflictos derivados de la relación laboral y las reclamaciones de los trabajadores.

III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES GENERALES

1. Ubicación de los principios operacionales

El contenido como fundamento del Derecho Procesal del Trabajo requiere contar con principios propios y claros que posibilite una verdadera autonomía de las diferentes ramas del Derecho. En efecto, “desarrollar los fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo implica, en buena cuenta, justificar su autonomía, su razón de ser”⁽²¹⁾. Generalmente no se delimita los Principios del Derecho Procesal de las técnicas del procedimiento y son pocos los jus laboristas que coinciden en manejar principios comunes.

A nuestro criterio, se debe delimitar los principios exclusivos del Derecho Procesal del Trabajo con la finalidad de tener organicidad y constituir su base dogmática que posibilite hablar realmente de autonomía en sus diferentes aspectos. Es decir, debe ser “extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir para establecer mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses”⁽²²⁾.

Por ello, es necesario la instrumentalización de los principios generales o fundantes del Derecho del Trabajo. Podemos definir los principios generales del

(20) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Conferencia Los Principios del Derecho del Trabajo*, Doc. Cit.

(21) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*, Revista Análisis Laboral, junio 1997, p. LIX.

(22) COUTURE, Eduardo J. Ob. cit., T. I., p. 288.

Derecho del Trabajo también como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁽²³⁾.

Al respecto, debe buscarse la justificación lógica, y también debe tenerse en cuenta la diferencia de los principios fundante o principales con los principios operacionales o reglas. En el primer caso, de la justificación lógica, utilizaremos la fundamentación filosófica de Francisco Miró Quesada Cantuarias: “Por lo pronto, debe señalarse que la única manera de justificar racionalmente un sistema de lógica es mediante el hecho de que sus principios (axiomas) y sus reglas de inferencia, son evidentes (en el caso de los principios), que su verdad es evidente; en el caso de las reglas, que es evidente que su aplicación permitirá pasar, de manera necesaria, de la verdad de las premisas a la verdad de la conclusión”⁽²⁴⁾. En el segundo caso, utilizaremos la diferencia que hace Diego Valadés, para efectos de este trabajo, entre los principios fundantes o generales y los principios operacionales o reglas: “Los principios (fundantes) son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados, en tanto que las reglas (principios operacionales) únicamente pueden ser cumplidas o no”⁽²⁵⁾.

Existe una relación directa entre los principios principales o fundantes y los principios operacionales o reglas. Lo que no es fácil es determinar su aplicación, en cuanto a cantidad de principios⁽²⁶⁾. No obstante, la idea es que la instrumentalización de los principios principales o fundantes se realicen a través de los principios operacionales o reglas como “directivas o líneas, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso”⁽²⁷⁾.

2. Los principios en la Constitución

El valor jurídico de algunos principios se centra sobre todo, en la introducción de criterios de interpretación de otras normas. Otros, por el contrario, van más allá y tienen efectos más directos desplazando la aplicación de determinadas normas o determinando el sentido de la solución a los problemas jurídicos que plantea la práctica cotidiana. Es de destacar además, que un mismo principio puede desarrollar, dependiendo de las circunstancias del caso, esas funciones⁽²⁸⁾. Sin embargo, “el rasgo esencial, que define la condición del principio general del Derecho es su carácter

(23) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9

(24) MIRÓ QUESADA, Francisco. *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Lima, 1998, p. 15

(25) VALADÉS, Diego. “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”. En: *Derecho Constitucional y Derecho Humanos*, Ed. BLG-CEDDAL-UNMSM., Lima, julio 2005, p. 80.

(26) Por ello, es que tenemos tantas clasificaciones como autores existen.

(27) PODETTI, Ramiro. *Tratado del Proceso Laboral*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Tomo I, 1950, p. 192.

(28) Ver María Luisa Balaguer C., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Edic. Civitas, Madrid, 1990.

de elemento informador del ordenamiento jurídico en un conjunto o de un sector del mismo. Para que podamos hablar de la existencia de un determinado principio, debe poder apreciarse que las reglas existentes en un ámbito jurídico concreto, se encuentran informados por un determinado criterio de justicia que le es común”⁽²⁹⁾.

En el ámbito del Derecho Procesal en general “se reproducía el desequilibrio existente entre las partes contratantes en el contrato de trabajo, que se intentaba corregir por medio del derecho sustantivo”⁽³⁰⁾. Américo Plá Rodríguez señala que “los verdaderos motivos de la autonomía procesal del Derecho del Trabajo los encontramos en los propios litigios que ha de resolver una justicia del trabajo. Algunos de ellos por motivos intrínsecos del propio proceso. El litigio del trabajo debe resolver aplicando principios y normas peculiares, usando una técnica más ágil y amplia en materia de pruebas, de términos y de recursos, y sobre todo, encarándola de acuerdo con un espíritu nuevo”⁽³¹⁾. El mismo autor, destaca que “Alejandro Gallart Fosch escribió en 1936 este párrafo que se ha convertido en una cita obligada: La jurisdicción civil ordinaria es complicada, lenta y costosa, y aun cuando puede hacerse más sencilla, más rápida y más barata, siempre es ello dentro de una cierta relatividad, pues sino la sencillez sería en perjuicio de la debida consideración de todas las facetas, de los complejos litigios de carácter contractual, patrimonial o familiar, la rapidez privaría a las partes de las garantías que para sus derechos pueden exigir, y la baratura favorecería la multiplicación de los litigantes de mala fe. En cambio, el litigio de trabajo exige extremada sencillez, gran rapidez y absoluta gratuidad, porque sin estas condiciones es absolutamente inoperante”⁽³²⁾.

En ese sentido, el Derecho Procesal del Trabajo se concreta en el conjunto de normas, principios e instituciones que constituyen la legislación procesal, por cuyo medio el Estado, ejercitando su función jurisdiccional, administra justicia laboral⁽³³⁾. Esto condujo, en algunos países, a la constitucionalización del proceso como un conjunto de derechos de la persona y garantías a través de la proclamación programática de principios de derecho procesal⁽³⁴⁾.

En el Perú, con la Constitución de 1979 se empezó a regular los principios propios del Derecho del Trabajo: el principio protector (artículo 42), el de igualdad de trato (artículo 42, segundo párrafo), el de continuidad (art.48), el de irrenunciabilidad (art.57, primer párrafo) y el principio indubio pro operario (art. 57, segundo párrafo).

(29) NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 258.

(30) Sagardo, Juan A. y Bengoechea. *Prontuario del Derecho del Trabajo*. Ed. Civitas, Madrid, 6ta edic., 2003, p. 823.

(31) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Conferencia Los Principios del Derecho del Trabajo*, en Lima, marzo, 1997.

(32) Idem.

(33) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se enfatiza ese carácter. “(...) superando tendencias que creían que el Derecho Procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo..”. (Sentencia del 25 de enero de 1983).

(34) Ver Ernesto Rey Cantor, Principio de Legalidad y Derechos Humanos: análisis desde la perspectiva del Derecho Constitucional Procesal, en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Ob.cit., ps. 201–260.

La Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23, primer párrafo), la igualdad de oportunidades sin discriminación, la irrenunciabilidad de derechos y el indubio pro operario (artículo 26). “Esa tendencia positivista iniciada con la Carta de 1979 ha permanecido en nuestro ordenamiento, no solo al más alto nivel sino también a nivel infraconstitucional”⁽³⁵⁾. El artículo 26, numeral 3 de la Constitución actual alude a este principio operacional⁽³⁶⁾, igualmente la ley procesal: “en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador”. En ambas normas debe superarse el concepto ambiguo de “duda insalvable” porque parecería exigir el agotamiento de los distintos métodos de interpretación normativa, y solo así se aplicaría. Es obvio que esa postura limita el uso de la regla⁽³⁷⁾.

IV. LOS PRINCIPIOS EN LA NUEVA LEY N° 29497

En este punto se trata de buscar la razón de ser de los principios y encontrar su fundamento, inquirir en sus antecedentes, de tal manera que se pueda encontrar el espíritu de la misma bajo la égida del sentido de justicia como categoría moral y supremo objetivo. Pero, no pretendemos más que exponer algunos de los más evidentes elementos positivos de los principios en la nueva ley.

1. Inmediación y oralidad

La inmediación y la oralidad constituyen el marco más adecuado para mediatizar, absolver y redefinir el proceso laboral. Entendiendo por proceso laboral al conjunto de actos procesales dirigidos a reconstruir el hecho conflictivo hasta donde los elementos probatorios lo permitan, se puede concluir también que la oralidad se presenta como el mejor instrumento para lograrlo. Nuevamente, los atributos propios de la oralidad, desde su sencillez hasta la exigencia de la concentración y continuación, hacen que el sistema sea más eficiente para aproximarnos en un mayor grado a la verdad real, que en procedimiento escrito se prolonga en el tiempo y se complica con formalismos estériles. Por ello, existe una estrecha relación interna entre la oralidad y la inmediación, pues para que la decisión en el proceso sea real se necesita que los jueces examinen directamente la prueba, contando con la participación de las partes involucradas. En un sentido específico, la inmediación se

(35) BOZA PRÓ, Guillermo. “La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano”. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p.77.

(36) “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”.

(37) Por otro lado, su aplicación en el ámbito normativo del Derecho Colectivo del Trabajo ofrece resistencia debido a su doble naturaleza heterónoma y contractual.

refiere directamente a la relación entre el juez y los medios de prueba, de tal forma que el juez pueda percibir y conocer directamente la prueba⁽³⁸⁾.

La oralidad se convierte en el modelo de procedimiento laboral para la adquisición de la verdad y además de un modelo con el que se pretende la redefinición del conflicto⁽³⁹⁾. Es decir, en las dos funciones que cumple el juicio oral⁽⁴⁰⁾, el juez asume un rol importante: en el primero, determinará la verdad procesal al dictar sentencia; en el segundo, la tarea es mucho más compleja, la redefinición del conflicto, que contribuya a la paz social.

La intermediación constituye la condición básica para lograr, en la medida de lo posible, la determinación de la verdad de los hechos. La información, el examen de la prueba, debe realizarse con la presencia, comunicación e interacción de los jueces y de las partes intervinientes. “El principio de intermediación implica que el juez que ha presenciado la actuación de los medios probatorios, que ha oído a las partes, y ha apreciado su conducta en el proceso, sea el mismo que dicte la sentencia”⁽⁴¹⁾. Es importante destacar que el proceso oral disminuye significativamente la posibilidad de que se manipule fraudulentamente la prueba, pues la comunicación directa entre las personas que intervienen en la audiencia permite detectar más fácilmente tales desviaciones. En realidad, en el sistema escrito predomina como objetivo fundamental la determinación de una verdad formal, debilitándose, inevitablemente, las garantías del trabajador. En una sociedad en la que los ciudadanos mayormente no tienen una cultura escrita y no conocen realmente el contenido de las disposiciones legales, solo la oralidad garantizaría el cumplimiento de la justicia laboral⁽⁴²⁾. El proceso oral supone la participación y dirección del juez que decida la causa, mediante la aplicación de tres funciones: “la investigación de la verdad; búsqueda de la norma y la interpretación de su sentido; y la aplicación del Derecho a los hechos. La primera es de índole gnoseológica y lógica; la segunda pertenece al campo de la técnica jurídica; y la tercera implica una auténtica valoración”⁽⁴³⁾. Entonces, la aplicación del Derecho por el juez implica un contenido ético. Sobre esto, podríamos aplicar la argumentación de Max Weber cuando distingue entre

(38) En realidad, en ese caso, se establece una relación lenguaje-objeto/metalinguaje. Al respecto, ver “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje” de Norberto Bobbio.

(39) Ver Mario Oderigo. *El lenguaje del proceso*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961.

(40) Hay que precisar que “oralidad y escrituración (o proceso oral versus proceso escrito) no son términos necesariamente antitéticos o que mutuamente se rechazan, ya que ninguno de ellos es absoluto” (Mario Pasco Cosmópolis, Ob. cit., p. 91). Además, “la oralidad no significa ausencia absoluta de escritura, pues como se ha dicho, un procedimiento totalmente oral es imposible, y además hay que aceptar que ni la oralidad ni la escritura sirven por sí solas para garantizar una decisión justa, siendo necesaria una combinación de ambas” (Juan Sagardoy Bengoechea, Ob. cit., p. 830).

(41) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Apuntes de Derecho Procesal*, Ed. Ara, Lima, 1997, p. 90.

(42) Literalmente hablando en un proceso escrito las partes no se hacen oír sino tan solo hacen leer; además, el derecho de hacerse oír implica la garantía de lograr la mejor manera de comunicación entre quienes oyen y quienes se hacen oír y esta mejor manera es la oralidad.

(43) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría General del proceso*, Ed. Eddili, Lima, 8ta edición, p. 150.

ética de la convicción y la ética de la responsabilidad⁽⁴⁴⁾. La primera se refiere a la acción sin tener presente sus consecuencias; la segunda corresponde a la decisión conociendo sus efectos. Es decir, en los procesos en general, el juez aplicará el criterio de la convicción por el rigor normativo de la ley; pero en materia laboral, necesariamente debe aplicar la ética de la responsabilidad.

Por ello, no se trata solo de “la existencia de una rama autónoma del derecho, que exige una indispensable especialización para dominarla, no es siquiera la dificultad de especialización por el número de sus normas, su complejidad y su constante renovación. Es el espíritu nuevo, peculiar, distinto de las restantes ramas del derecho, de mucha mayor sensibilidad y proximidad con la vida real el que obliga indispensablemente jueces diferentes y especiales”⁽⁴⁵⁾. En suma, uno de los aspectos más importantes que debe buscar cualquier proceso de reforma de nuestra justicia laboral lo constituye, sin lugar a dudas, la necesidad de que los jueces asuman un mayor protagonismo en relación con la solución de un conflicto laboral, que se dejen las delegaciones de las tareas jurisdiccionales más importantes como ocurre actualmente a los auxiliares, que asuman mayor compromiso con la solución de los problemas que más afectan a los trabajadores, y en definitiva, que sean verdaderos directores del proceso laboral. Diríamos como Calamandrei, “no queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, *êtres inanimés*, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces que sepan llevar con humano y vigilante empeño, el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia”⁽⁴⁶⁾. También se debe buscar fortalecer el sistema de la libre convicción o sana crítica del juez, según el cual este es libre de asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, pues el legislador no señala anticipadamente presunciones probatorias. Pero el juez se encuentra en la ineludible tarea de expresar las razones por las cuales asigna un determinado valor a dichas pruebas y forma su convicción⁽⁴⁷⁾.

Finalmente, el dictado de la sentencia en un plazo razonable es uno de los aspectos que más preocupa a los trabajadores, puesto que los juicios laborales están acostumbrados a sobrepasar los plazos que la ley establece para el dictado de la sentencia. Por tal razón, resulta de mayor conveniencia exigir que esos plazos sean cumplidos bajo pena de sanción, con la finalidad de que los jueces se acostumbren a cumplirlos, porque la práctica ha demostrado que sí pueden hacerlo⁽⁴⁸⁾.

(44) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Traducción de José Medina Echevarría y otros, 1983, p. 452 y ss.

(45) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Conferencia Los Principios del Derecho del Trabajo*, doct. Cit.

(46) CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Ed. Ezea, Buenos Aires, 1960, p. 83.

(47) Los jueces están en la obligación de señalar en las sentencias las razones en que sustentan cada una de sus conclusiones. Para tales efectos deben realizar un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, explicando debidamente en la motivación de su resolución, a fin de que pueda ser conocido por las partes y de esa manera estas se encuentren en condiciones de ejercer su derecho de defensa.

(48) A pesar del cúmulo de expedientes por la elevada demanda de justicia laboral que ocasiona congestión de los procesos. “Es verdad que el número de procesos atribuidos a cada juez en América Latina es excesivo” (Reginald D. Felker, La reforma del poder judicial en América Latina según propuesta del Banco Mundial,

2. Concentración y celeridad procesal

La concentración y la celeridad procesal, en términos absolutos, exigirán que el juicio laboral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes su defensa y conclusiones sobre ella, delibera el juez y se dicta sentencia. Sin embargo, no basta reconocerlo en forma general, de lo que se trata es de concentrar los actos procesales al menor número posible: Ello serviría para proteger al trabajador, al no prolongarse el juicio innecesariamente; así se reforzaría la credibilidad de la justicia al garantizar una decisión rápida por tratarse de conflictos laborales.

La concentración está directamente referida a los sujetos del proceso y a la recepción de la prueba, y la continuidad a los actos procesales que deben realizarse en el juicio. También consideramos que la oralidad, la concentración y la continuidad, son fundamentales en el proceso laboral, porque los actos procesales prolongados conllevan el peligro de la demora del juicio⁽⁴⁹⁾. Desde ese punto de vista, la concentración y la celeridad deben ser exigencias procesales de la nueva ley cuya realización debe verificarse con la oralidad. Desde luego que tales exigencias tampoco deben ser categóricas. El absolutismo en este terreno también puede distorsionar la solución adecuada. El objetivo es que el proceso laboral debe celebrarse en forma concentrada, pero otras razones pueden justificar la suspensión y la postergación de la audiencia, como serían por ejemplo el impedimento o enfermedad de algunos de los sujetos del proceso, la realización de actos fuera del juzgado como una inspección ocular, etc.

La celeridad es uno de los principios básicos del Derecho Procesal del Trabajo porque constituye el objetivo principal que se persigue en el proceso laboral para buscar la rapidez a través de la simplificación de los trámites, limitación de los recursos impugnatorios, brevedad de los plazos, limitación de las instancias, la preteritoriedad de los términos, etc. En efecto, en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 26636, se reconoce el principio de celeridad. Sin embargo, la misma ley (art. 61) establece la vía ordinaria, a la cual está sometida la mayor parte de los reclamos, los asuntos contenciosos de competencia de los juzgados especializados de trabajo.

en Flexibilidad o Derechos Sociales, Estudios ofrecidos en homenaje a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ed. Edial, Lima, 2001).

(49) Hace años se viene planteando que “a la administración laboral le corresponde desarrollar acciones de prevención de manera agresiva, mediante el desarrollo de actividad inspectiva, como mecanismo necesario para contribuir a reducir sustantivamente los altos niveles de incumplimiento de la legislación laboral” (David Campana, Jurisdicción del trabajo y mecanismos alternativos de resolución de conflictos, Ponencia en el VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNMSM, 1996, p. 52–53).

De nuevo la oralidad se presenta como el mejor facilitador del principio de concentración y celeridad, al realizarse el proceso en forma directa, sin intermediarios y de manera continua, exigiéndose la presencia de todos los sujetos del proceso. La escritura, caracterizada por delegar la recopilación de la prueba en funcionarios auxiliares del juez, no resulta un instrumento idóneo para realizar la concentración, máxime que tampoco exige la presencia de todos los sujetos en ese momento, formándose así gruesos expedientes, de los que deben extraerse las piezas importantes de otras que no la son. Esta celeridad se vincula directamente con la publicidad del proceso laboral, pues constituye, en cierta forma, un instrumento de control sobre el poder ejercido por los jueces. También es una garantía para el trabajador, puesto que impide la demora y arbitrariedad de la justicia. La restricción a este principio operacional tan importante solo sería constitucionalmente aceptable si se funda en motivos o razones específicas que lo justifiquen⁽⁵⁰⁾.

3. Economía procesal y veracidad

La economía procesal como principio operacional tiene relación directa con el principio de celeridad en dos sentidos: primero, respecto a la disminución del gasto económico; segundo, a la reducción del tiempo y esfuerzo en los actos procesales que se tratan en las actuaciones procesales del capítulo III de la nueva ley mencionada. En el primer caso, la gratuidad procesal debe significar una acción tuitiva por parte del Estado a favor del más débil de la relación laboral, cuando surge un conflicto en el cual la facultad o poder del empleador haría que el trabajador sea siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de trabajadores y empleadores. Esto explica la raíz profunda del derecho a la gratuidad procesal de quienes no tienen los medios económicos suficientes para afrontar los gastos que generan un litigio laboral.

En nuestra legislación no se reconocía este principio, aun cuando ha inspirado algunos de los artículos de la ley⁽⁵¹⁾ y como muchos consideramos, se debe precisar taxativamente. Pero para dotar de contenido real a este principio operacional, evitando así que se reduzca a una retórica declaración de buenos propósitos, el Estado debe asumir una actividad prestacional como son los honorarios por la re-

(50) Por otro lado, la publicidad en el procedimiento laboral es posible por el tipo de reclamación: se tratan de derechos “comunes” a todos los trabajadores, de contratos que pueden ser considerados de adhesión, que llevan a que los conflictos se reproduzcan y que el interés personal e individual se transforme en colectivo. Además, es “una consecuencia que se desprende de la oralidad en el procedimiento, a la que debemos hacer mención, es la publicidad de los actos procesales, pues, como se ha escrito con acierto, solo cabe publicidad en un proceso oral en el que las actuaciones de palabra pueden ser presenciadas por terceros, incluso sin interés alguno en el asunto” (SAGARDOY BENGOCHEA, Juan. Ob. cit., pp. 830-831).

(51) Nos referimos a la Ley N° 26336, Ley Procesal del Trabajo, del 14 de junio de 1996 (Al respecto, ver el artículo “Algunas reflexiones con respecto a la Ley Procesal del Trabajo” de Fernando Elías Mantero, Revista Análisis Laboral, junio 1997, p. LXI).

presentación y la asistencia en juicios a los trabajadores por reunir las condiciones legalmente previstas.

En realidad, lo que tienen costos no son los actos procesales en sí mismos, sino el cumplimiento de las garantías básicas, el tratar de llevar a la práctica también la idea de que el proceso laboral debe buscar la verdad real y atenuar o solucionar el conflicto, utilizando para ello todos los recursos necesarios que faciliten la idea de la justicia del caso concreto. Se trata de asignar equitativamente los recursos públicos dedicados presupuestariamente a esta finalidad, haciéndolo con criterios de eficiencia y economía. Es necesario centrar los estudios de los costos económicos en la posibilidad efectiva de cumplir con las garantías constitucionales. Se trata de buscar la conciliación o de ofrecer una verdadera alternativa que sea mucho más barata que un sistema procesal que pretenda llevar a la práctica los presupuestos para los cuales se instauró el sistema actual, como marco de garantía.

Finalmente, el principio de veracidad como sinónimo de primacía de la realidad es fundamental su incorporación en el proceso laboral con la nueva ley. Debemos tener en cuenta que la finalidad básica de todo proceso, planteado en términos tradicionales, ha sido siempre la búsqueda de la verdad formal o legal. Todavía hoy tiene vital importancia la delimitación de la actividad probatoria en los procesos. Pero desde el punto de vista del proceso laboral, se tiene por objeto averiguar la verdad real o material respecto del hecho conflictivo, ya sea para confirmar su existencia o para descartarla. “Pensamos que la clave de la solución de este problema deriva de otro de los principios del proceso laboral que es la búsqueda de la verdad real, esa búsqueda de la verdad constituye un punto de referencia objetivo que exige y asegura la imparcialidad del juez”⁽⁵²⁾.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en forma reiterada, que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente en los artículos 22 y 23 de la Constitución⁽⁵³⁾,⁽⁵⁴⁾. No obstante, no basta con la adopción de este principio u otros que incorporan modernas instituciones procesales en la ley, pues en muchas ocasiones la práctica se encarga de desvirtuarla si no se superan los hábitos burocráticos, la formación dirigida excesivamente al análisis legalista y normativa de los conflictos laborales y la tendencia a anteponer la norma a la realidad⁽⁵⁵⁾. Muchos son los males que aquejan a la justicia laboral peruana. De ahí que uno de los grandes retos sea el de simplificar el juicio laboral, haciéndolo más cercano a lo cotidiano que implica establecer la primacía de la realidad sobre lo formal. Y lo

(52) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Conferencia Los Principios del Derecho del Trabajo*, doct. Cit.

(53) Al respecto, ver la publicación Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Academia de la Magistratura, octubre 2004.

(54) Sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad tenemos el pronunciamiento en el expediente N° 2132-2003-AATC-Piura.

(55) Al respecto, ver Paul Kahn, *El análisis cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Ed. Gedisa, Barcelona, mayo 2001.

sustancial es considerar el conflicto humano que subyace en todo proceso laboral. En este campo, la oralidad puede hacer posible prestar un servicio mucho más grande que el de satisfacer algunas formalidades en la búsqueda de la verdad real, porque brinda muy poco espacio al formalismo y garantiza otros principios procesales.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por lo que hemos tratado hasta el momento, los principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo constituyen los elementos compensatorios e igualadores de las desigualdades del trabajador con el empleador en la dinámica del proceso laboral. Consideramos que el proceso laboral debe ser garantía para la existencia de una paz social general y permanente en tanto que el crecimiento económico es fundamental pero no suficiente para asegurar la equidad y el progreso social. No obstante, si bien es cierto que se tiene que garantizar la protección de los derechos laborales, también es cierto que se tiene que buscar la seguridad jurídica. Ahora, se inicia una nueva etapa, con la Ley N° 29497.

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Elmer N. Huamán Estrada^()*

INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca conectar dos momentos normativos importantes producidos en los últimos años y que han tenido o pretenderán tener enormes consecuencias en las relaciones de trabajo que se desarrollan en nuestro país.

Uno de ellos lo ubicamos el 28 de junio del 2008, día en que se promulgó el Decreto Legislativo N° 1057, norma legal que creó el contrato administrativo de servicios (CAS en adelante). Posteriormente, el 25 de noviembre de ese mismo año, se dictó el reglamento de dicha norma a través del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (el reglamento del CAS en adelante).

El segundo se ha producido el 15 de enero de este año, día en el que se promulgó la Ley N° 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT en adelante). Esta norma se ha emitido con la finalidad de reformar el proceso laboral peruano, el cual, desde el 24 de junio de 1996, estuvo regido por la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo.

Ambos momentos, sin embargo, podría parecer que marchan por caminos distintos. Mientras el primero busca crear un régimen de contratación en el Estado caracterizado por ser un régimen sin “patria laboral”⁽¹⁾, es decir, excluido del ámbito

(*) Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Asesor de Gaceta Jurídica y coordinador laboral de *Diálogo con la Jurisprudencia*, *Revista Jurídica del Perú*, *Actualidad Jurídica*, *Gaceta Constitucional* y *La Ley*. Miembro del equipo de asesoría de *Soluciones Laborales*.

(1) Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 55.

del Derecho del Trabajo, el segundo busca diseñar una norma que regule el proceso laboral peruano. Parecería, pues, que dentro de este último no se podrían resolver las controversias que surgen con relación con el CAS porque, precisamente, este régimen no genera –o debería generar– una relación laboral y, por ello, el proceso laboral no sería compatible con este tipo de situaciones.

Sin embargo, la realidad es diametralmente otra. Y afirmamos esto porque la NLPT, a diferencia de su antecesora –la Ley N° 26636– tiene como una de sus finalidades instaurar una “justicia omnicomprensiva”⁽²⁾, la cual, necesariamente, comprendería también toda la serie de conflictos que podrían surgir producto de la celebración, desarrollo y extinción de un CAS.

Es por esto que hemos creído conveniente abordar, en esta ocasión, las distintas inquietudes que pueden surgir al momento de intentar compatibilizar un tema sustantivo, como es el relacionado con los conflictos que surjan en el CAS, con un tema procesal, como es el vinculado con la justicia omnicomprensiva que pretende instaurar la novísima NLPT.

En la presente investigación solo nos hemos detenido a analizar el procedimiento administrativo que debe agotar el contratado a través de esta modalidad. En este punto, incidiremos en el análisis del papel del Tribunal del Servicio Civil y su incursión como segunda instancia administrativa en las relaciones entre el Estado y los contratados CAS. Por otro lado, intentaremos resolver algunas cuestiones procesales que surgen cuando intentamos compatibilizar la regulación diseñada en la NLPT con los conflictos que se pueden producir con este contrato. Finalmente, queremos rescatar el papel del Título Preliminar y el espíritu tuitivo que subyacen a la NLPT y su efecto irradiación en todos los procesos contenciosos administrativos (entre ellos, el suscitado por el CAS) que deberán ser vistos ahora por el juez de trabajo.

Estas inquietudes son, pues, las que pretendemos resolver en los siguientes puntos de este trabajo.

I. EL CAS COMO MATERIA COMPRENDIDA EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

1. El juez de trabajo como juez especializado para resolver los conflictos suscitados en las prestaciones de naturaleza administrativa

La nueva Ley Procesal del Trabajo pretende instaurar una “justicia omnicomprensiva”. Esto puede desprenderse del contenido del artículo II del Título Preliminar de esta norma, que establece, en su primera parte, que “[c]orresponde a la

(2) Este es el término utilizado por Paul Paredes, redactor del anteproyecto de la NLPT. Ver en: PAREDES PALACIOS, Paul. “Principales innovaciones contenidas en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 25, Lima, Enero de 2010, p. 69.

justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las **prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa**; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo (...)⁽³⁾.

Un análisis de este dispositivo nos permite afirmar que la NLPT pretende conceder al juez del trabajo la competencia para dilucidar, entre varios tipos de controversias, aquellas en donde el empleador no es un *privado*, sino que lo es una Administración Pública⁽⁴⁾. Y esto porque para el legislador solo interesa que exista una prestación personal de servicios. No interesa el adjetivo que se le coloque a esta prestación⁽⁵⁾ (“laboral” o “administrativa”), sino que solo interesa que se produzca dicha prestación para que el juez de trabajo asuma la competencia para resolver los conflictos que se presenten en su inicio, ejecución y conclusión.

Consideramos acertado este proceder del legislador ya que se estaría reconociendo la intensa influencia que existe entre el marco principista de nuestra “Constitución Laboral” y todas aquellas prestaciones de trabajo que en la realidad se puedan suscitar. Es decir, como la “Constitución Laboral”, es decir, aquella parte nuestra Constitución que reconoce los principios y derechos que regulan las relaciones de trabajo en nuestro país, es predicable en todas las relaciones de trabajo, sean laborales como “administrativas”⁽⁶⁾, el que resuelva las controversias que surjan en el desarrollo de estas relaciones debería ser, por un criterio de **especialidad**, el juez de trabajo.

(3) El resaltado es nuestro.

(4) En España se ha suscitado también la discusión acerca de qué juez debe ser el competente para resolver los conflictos que surgen entre el Estado y sus trabajadores. Cruz Villalón nos la describe de la siguiente manera: “constituye una vieja cuestión la discusión acerca de la conveniencia de que si el control judicial de la actividad administrativa en el terreno de lo laboral y de lo social se debe llevar a cabo por la jurisdicción social o por la jurisdicción contencioso-administrativa. Según que se prefiera poner el acento en el elemento material (intervención en el campo laboral) o en subjetivo (intervencionismo por parte de la Administración Pública) se tenderá a remitir el conocimiento a uno u otro orden jurisdiccional”. Ver en: CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 501.

(5) La relación jurídica que se entabla entre el Estado y el empleado público es, hasta la fecha, un tema que no deja de azuzar la discusión por parte de la doctrina administrativa y laboral. Y esto, porque para los primeros, dicha relación es objeto de estudio y regulación por el Derecho Administrativo. Ver, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Derecho Administrativo: Organización y empleo público*. 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 427-431. Para los defensores del Derecho del Trabajo, en cambio, la prestación personal de servicios subordinado que brinda una persona natural a una Administración Pública debe ser objeto de estudio de la disciplina jurídico laboral. A favor de este último planteamiento, SALA FRANCO, T. *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*. MAP, 1989, ps. 16 y ss; ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La nueva configuración legal de la relación de empleo público, funcionarios y contratados laborales*. Delegación interprovincial del Instituto de Estudios de la Administración Local, Sevilla, p. 25.

(6) En un mismo sentido, Neves Mujica nos señala que “no suscita controversia que el articulado laboral de la Constitución resulta aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del sector público”. En: NEVES MUJICA, Javier. “Principales objeciones al contrato administrativo de servicios”. En: *Laborem*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima, 2010, p. 88.

De esta manera, al ser este último el juez especializado para atender los conflictos que surjan entre un trabajador y el Estado empleador, debido a que en estas relaciones primero debe acudir al marco principista reconocido tanto en la Constitución Laboral como en las normativas específicas, y para esto último se requiere de una especialidad en Derecho del Trabajo, el legislador nacional acierta cuando decide ubicarlo como el juez competente para atender esta serie de conflictos.

Ahora bien, si el juez de trabajo, en virtud a esta justicia omnicomprensiva que diseña el legislador, atenderá los conflictos que surjan en las relaciones de trabajo entre el Estado y sus trabajadores, la pregunta es: ¿el juez de trabajo debe atender también los conflictos que surjan con relación al CAS?

2. El CAS como prestación laboral de naturaleza “administrativa”

La naturaleza jurídica de la relación que se entabla entre una entidad estatal y una persona natural cuando celebran un CAS es un tema que, desde la inauguración de este régimen, ha generado serios debates a nivel doctrinal⁽⁷⁾, jurisprudencial⁽⁸⁾ e incluso hasta el propio legislador ha dado visos de pretender reformar este régimen⁽⁹⁾.

La propia normativa que instaure este contrato parecería no generar mayores suspicacias, pues la literalidad de sus disposiciones nos muestra que, para el legislador, el CAS es una institución que se debe regir única y exclusivamente por el Derecho Administrativo⁽¹⁰⁾.

(7) A nivel doctrinal, puede verse la sección debate titulada “la regulación del contrato administrativo de servicios”, en la que Mario Pasco Cosmópolis y Edgardo Balbín Torres expone sus opuestos puntos de vista sobre estos temas. En: *Laborem*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima, 2010, ps. 113-138.

(8) A nivel jurisprudencial, existen ya pronunciamientos analizando al CAS. Estas sentencias se han emitido en el seno del proceso constitucional de amparo, las cuales pueden observarse acompañadas de una serie de estudios analizándolas en el especial “La laboralización del CAS en la jurisprudencia” publicado en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 139, Lima, Abril, 2010, ps. 17-70. No obstante, también se han emitido pronunciamientos en el seno de un proceso laboral. Al respecto, se puede consultar un artículo analizando una de estas sentencias en: CAVALIÉ CABRERA, Paul y DÍAZ COLCHADO, Juan Carlos. “La protección judicial del trabajador contratado bajo el régimen del CAS a partir de la normativa de los principios y derechos constitucionales laborales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, N° 141, Lima, Junio, 2010, ps. 257-268.

(9) En el mes de mayo de este año, la Comisión de Trabajo del Congreso emitió un dictamen analizando los Proyectos de Ley N° 2778/2008-CR, 3526/2009-CER y 3807-2009-CR, que proponían modificar el Decreto Legislativo N° 1057, norma legal que regula el CAS. Un análisis a este dictamen lo exponemos en: HUAMÁN ESTRADA, Elmer. “¿Pronta laboralización del CAS? Comentarios a un reciente dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso”. En: *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 30, Lima, Junio, 2010, ps. 133-140.

(10) Esto se colige de lo expuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1057, norma legal que regula el CAS, y que ha establecido que este “constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales” (el resaltado es nuestro). A nivel infralegal, el Reglamento del CAS establece, en su artículo 1, que “el contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa

No obstante que este conjunto de dispositivos no generan mayor complejidad en su interpretación, la doctrina laboral nacional, en su mayoría, ha criticado severamente la pretensión del legislador de crear un régimen no laboral a través del CAS. De esa opinión es, por ejemplo, Neves Mujica, quién nos señala que “la ley pretende desconocer la naturaleza laboral del vínculo entre el trabajador con contrato administrativo de servicios y el Estado. No obstante, les otorgan a dichos trabajadores algunos derechos propios del ordenamiento laboral. Por lo tanto, nos encontramos ante una apariencia de equiparación: a sujetos que no son trabajadores, pero cuyas condiciones socioeconómicas son semejantes a las de estos, se les extienden algunos derechos laborales y previsionales. La realidad, no obstante, es muy diferente: a quienes en rigor sí son trabajadores, se les ha excluido del ordenamiento laboral por ley expresa. A quienes deberían disfrutar de la condición de trabajadores y de todos los derechos derivados de ella, se les niega tal condición y se les reconoce solo unos pocos”⁽¹¹⁾.

Por el contrario, hay laboristas, como Pasco Cosmópolis –principal promotor de este régimen de contratación– que sí defienden la naturaleza jurídico administrativa de este régimen. Este autor ha señalado que esta modalidad “[p]ertenece al Derecho Administrativo, no al laboral. No podía ser distinto, ya que se trata de una relación de naturaleza pública”⁽¹²⁾. En un mismo sentido, Martín Tirado, especialista en Derecho Administrativo, y otro de los promotores de este régimen, señala que “podemos definir al contrato administrativo de servicios como un contrato de carácter “administrativo”, típico, nominado y de contenido reglado, que constituye una modalidad especial de contratación”⁽¹³⁾.

Podemos ver, según lo que nos exponen estos autores, que la naturaleza del CAS es un tema que, doctrinalmente, no guarda una posición uniforme, a pesar de que la intención del legislador fue la de no generar mayores controversias al establecer, con claridad, que el CAS fuera una institución regulada solo por el Derecho Administrativo.

Pues bien, cabe preguntarnos, a la luz de la NLPT, ¿cómo habrá que entender al CAS? ¿Cómo una prestación de servicios “laboral” o “administrativa”?

Consideramos que, en este caso, bajo el imperio de la NLPT, el CAS se deberá entender como una prestación de servicios de naturaleza “administrativa”. A pesar

y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma”

(11) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 88.

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Consideraciones acerca del contrato administrativo de servicios”. En: *Laborem*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima, 2010, p. 119.

(13) MARTÍN TIRADO, Richard. “El régimen del contrato administrativo de servicios: nuevas soluciones para un viejo problema” (primera parte). En: *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 15, Lima, Marzo de 2009, p. 66.

de que somos de una opinión contraria, y sustantivamente hemos planteado que el CAS genera una relación de trabajo⁽¹⁴⁾, a efectos procesales los conflictos que surjan con la celebración, ejecución y extinción del CAS deberán considerarse como conflictos suscitados en una prestación de servicios de naturaleza “administrativa”.

Por lo expuesto, cabe señalar, como corolario de este punto, que, actualmente, en virtud a la justicia omnicompreensiva que diseña la NLPT, y, además, debido a que el juez laboral ahora es competente para conocer en el proceso contencioso administrativo las controversias que se susciten con relación a las prestaciones de servicios de naturaleza administrativa, los contratados a través de un CAS quedan inmersos en el ámbito subjetivo de la NLPT.

Sin embargo, la pregunta ahora sería, ¿existe alguna vía previa que se debe agotar en el seno del procedimiento administrativo para acudir al proceso contencioso administrativo en el caso del CAS? A intentar responder esta pregunta va dirigido el siguiente punto de esta investigación.

II. LA VÍA PREVIA EN EL CAS Y EL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL COMO SEGUNDA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

La respuesta a la anterior pregunta, al parecer, nos la da la propia normativa del CAS. El reglamento de este contrato tiene dos dispositivos relacionados con esta incógnita: el artículo 15 y 16.

El primero de ellos señala que: “[e]l órgano encargado de los contratos administrativos de servicios es determinado por cada entidad, conforme a las funciones establecidas en los respectivos reglamentos de organización y funciones. De no designarse al órgano encargado, será la Dirección General de Administración o el que haga sus veces”.

Por su parte, el segundo de estos dispositivos ha establecido que “[l]os conflictos derivados de la prestación de los servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento serán resueltos por el órgano responsable al que se refiere el artículo precedente [el artículo 15], quedando agotada la vía administrativa en dicha instancia única. Una vez agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo”.

Pues bien, de una lectura de estos dispositivos, se puede afirmar que, en la actualidad, el contratado mediante CAS que desee presentar un reclamo relacionado con la celebración, ejecución o invalidez, antes de transitar por el proceso judicial,

(14) Hemos expuesto esta posición en HUAMÁN ESTRADA, Elmer. “¿Inconstitucionalidad del régimen de contratación administrativa de servicios? rescatando la existencia de una verdadera relación laboral”. Publicado en dos partes: primera parte, en *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 22, Lima, Octubre de 2009, ps. 65-70; y la segunda parte en *Soluciones Laborales*, Gaceta Jurídica, N° 23, Lima, Noviembre de 2009, ps. 65-69.

debe acudir primero a la propia entidad con la que celebró el contrato a fin de intentar que esta restablezca la situación que considera ilegítima.

Una vez que la entidad resuelva el reclamo que el contratado le ha presentado es que puede, este último, acudir al proceso judicial. Podríamos, entonces, entender que existe, en este caso, una “**vía previa**”⁽¹⁵⁾ que debe agotar el contratado mediante CAS antes de acudir al proceso judicial.

Ahora bien, ¿debe acudir el contratado CAS, antes de transitar por un proceso judicial, también al recién instaurado Tribunal del Servicio Civil?

1. El Tribunal del Servicio Civil como segunda instancia administrativa en las relaciones de empleo público

El Tribunal del Servicio Civil⁽¹⁶⁾ es un órgano integrante de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, cuya función es la resolución de controversias individuales que se susciten entre las entidades del Estado y las personas que estén a su servicio⁽¹⁷⁾. La implementación de este ente administrativo culminó con la promulgación del Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, Reglamento del Tribunal del Servicio Civil⁽¹⁸⁾, norma a través de la cual se estableció la forma y requisitos que se deberán tener en cuenta para acudir a esta instancia administrativa.

Según el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023⁽¹⁹⁾, Decreto que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el Tribunal del Servicio Civil conoce recursos de apelación en materia de: acceso al servicio civil; pago de retribuciones; evaluación y progresión en la carrera; régimen disciplinario; y, terminación de la relación de trabajo. Este mismo dispositivo señala que este Tribunal constituye última instancia administrativa y, por ello, sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contencioso administrativa. El procedimiento en sí, no obstante, no es diseñado por esta norma legal, sino

(15) Sobre esta figura, Montoya Melgar nos dice que “[l]a reclamación o vía administrativa previa consiste en el planteamiento pre-procesal de una pretensión ante un ente jurídico-público (...), que solo en caso de no aceptar tal pretensión podrá ser demandado jurisdiccionalmente. La finalidad que tal vía administrativa persigue es la conceder a la **Administración, cuando esta haya de litigar como empresario laboral**, la oportunidad de considerar la pretensión que va a deducirse jurisdiccionalmente frente a ella, con el fin de poder solucionar el conflicto dentro de la propia vía administrativa” (el resaltado es nuestro). En: MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 775.

(16) Un trabajo en donde se analiza la normativa reciente que regula las funciones del Tribunal del Servicio Civil puede verse en: QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. “El Tribunal del Servicio Civil. La nueva instancia de solución de conflictos del Sector Público”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, N° 26, Lima, Febrero de 2010, ps. 45-50.

(17) Mediante la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 05-2010-SERVIR-PE, se estableció que “el Tribunal del Servicio Civil, conocerá durante el primer año de funcionamiento, las controversias en las que sea parte las entidades del Gobierno Nacional. Las impugnaciones contra las actuaciones de las autoridades locales y regionales serán asumidas por el Tribunal progresivamente de acuerdo al proceso de implementación que disponga el Consejo Directivo de SERVIR”.

(18) Publicado en *El Peruano* el 14 de enero de 2010.

(19) Publicado en *El Peruano* el 21 de junio de 2008.

que es desarrollado por la norma reglamentaria, en este caso, el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM.

En el artículo 15 de esta última norma reglamentaria se ha establecido, sobre el recurso de apelación, que este “tiene por objeto contradecir una actuación o silencio por parte de cualquiera de las Entidades para que el Tribunal, previo procedimiento, lo revoque, anule, modifique o suspenda sus efectos”. Agrega este dispositivo, en su parte *in fine*, que tiene legitimidad para interponer este recurso, y acudir al Tribunal del Servicio Civil, “la persona natural al servicio del Estado o quien no tiene dicha condición, pero que cuente con derecho o interés legítimo afectado por una decisión u omisión administrativa, referido a las materias señaladas en el artículo 3 del Reglamento. También tienen legitimidad quienes no siendo personas al servicio de la entidad apelan por la afectación a su derecho de acceso al servicio civil”.

Bajo la revisión de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1023 y el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, es necesario determinar si debe acudir al Tribunal del Servicio Civil el contratado CAS a efectos de agotar la vía administrativa y acudir, luego, al proceso contencioso administrativo.

Zavala Costa, actual presidente de la primera Sala del Tribunal del Servicio Civil, señaló, poco después de que se le designe en este cargo, que “[d]e acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 008-2010-PCM que aprueba el Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, tienen legitimidad para presentar apelación, la persona natural al servicio del Estado, entendiéndose a las personas al servicio del Estado como el conjunto de personas vinculadas al Estado bajo cualquier modalidad contractual, laboral o administrativa (de acuerdo con lo señalado en el artículo 1 del citado decreto supremo). En ese sentido, se encontrarían dentro de la competencia del Tribunal, resolver recursos de apelación presentados por las personas vinculadas al estado mediante el Decreto Legislativo N° 276 (Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público); Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento del Empleo); y **los comprendidos en el marco del Decreto Legislativo N° 1057 (que regula el régimen especial de contratación administrativa de Servicios–CAS)**⁽²⁰⁾ (el resaltado es nuestro).

Esta postura del presidente del Tribunal del Servicio Civil ha sido avalada por este ente administrativo. De las ya abundante resoluciones administrativas que ha emitido este tribunal hemos encontrado algunas en donde los impugnantes son contratados CAS. Una de ellas es la **Resolución N° 299-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala Civil**, a través de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por una persona contratada en una entidad estatal a través de un CAS que había sido sancionada bajo las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276.

(20) ZAVALA COSTA, Jaime (entrevista). “La reforma del Servicio Civil”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Normas Legales, N° 108, Lima, Febrero de 2010, p. 16.

Lo interesante de esta resolución, a parte del fallo mismo (en el que se declara fundado el recurso de apelación interpuesto), es que el Tribunal no discute la legitimidad del contratado mediante CAS para acudir a él. Así, de los fundamentos 8 a 11 de esta resolución, en los cuales se hace el análisis de la competencia del Tribunal del Servicio Civil para resolver este caso, se observa que, para este ente administrativo, sí existe la competencia para dilucidar el conflicto que ha surgido en este CAS⁽²¹⁾.

Dar una respuesta a esta disyuntiva es importante por los efectos prácticos que ello conlleva. Y esto porque, para poder acudir al proceso contencioso administrativo, la resolución administrativa que se impugna a través de este proceso debe ser una resolución que haya causado estado, según el artículo 148 de la Constitución, es decir, contra la cual no cabe recurso impugnativo administrativo alguno. Puede ocurrir, entonces, que el contratado mediante CAS considere que no debe acudir al Tribunal del Servicio Civil y puede, en cambio, presentar su demanda contencioso administrativa directamente contra la resolución emitida por la propia entidad administrativa; no obstante, el juez que atienda su demanda contencioso administrativa puede considerar lo contrario, es decir, que la resolución administrativa no ha causado estado y, por ello, en aplicación del artículo 20 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS⁽²²⁾ (TUO que regula el proceso contencioso administrativo) declarar la improcedencia de la demanda.

Nosotros consideramos que el contratado mediante un CAS sí debe acudir, a través del recurso de apelación, al Tribunal del Servicio Civil, a fin de agotar el procedimiento administrativo, y así luego poder transitar por el proceso judicial.

2. Derogación tácita del artículo 16 del Reglamento del CAS

En el caso que estamos describiendo, podemos encontrar un típico caso de conflicto de normas. El artículo 15 y 16 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del CAS, establece que el conflicto que surge en la celebración, ejecución y extinción de este contrato **genera un procedimiento administrativo que se agota con el acto administrativo que emita la propia entidad estatal que resuelve el reclamo presentado por el administrado**. Así, al parecer, según estas previsiones reglamentarias, no se debería presentar el recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil, sino que el contratado mediante un CAS podría acudir

(21) En contra de esta asunción de competencia del Tribunal del Servicio Civil para resolver los conflictos que surjan con relación al CAS existe una postura basada en las siguientes dos razones: la primera, consistente en señalar que las materias que serán vistas por el Tribunal son estrictamente referentes al régimen laboral público, lo que excluye al CAS por ser un régimen administrativo privativo no inserto en el Derecho Laboral; y, segundo, porque conforme a lo señalado por los artículos 15 y 16 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del CAS, el pronunciamiento del órgano encargado de los contratos administrativos de servicios agota la vía administrativa en el CAS. Estas razones son expuestas por QUISPE CHÁVEZ, Gustavo. Ob. cit., p. 46.

(22) Publicado en *El Peruano* el 29 de agosto de 2008.

directamente al proceso contencioso administrativo una vez que la entidad resuelva el reclamo que ha presentado.

Estas normas entrarían en conflicto con las disposiciones que regulan el funcionamiento del Tribunal del Servicio Civil. Para ser más precisos, con el artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, que establece que debe entenderse que son personas al servicio del Estado las “personas vinculadas al Estado bajo cualquier modalidad contractual, **laboral o administrativa**”⁽²³⁾. Por otro lado, el artículo 15 de esta misma norma reglamentaria ha establecido que “[t]ienen legitimidad para presentar apelación, **la persona natural al servicio del Estado** o quien no tiene dicha condición, pero que cuente con derecho o interés legítimo afectado por una decisión u omisión administrativa, referido a las materias señaladas en el artículo 3 del Reglamento [acceso al servicio civil, pago de retribuciones, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo]. También tienen legitimidad quienes no siendo personas al servicio de la entidad apelan por la afectación a su derecho de acceso al servicio civil”⁽²⁴⁾.

Una interpretación conjunta de estas últimas dos disposiciones nos permite concluir que dentro del concepto “personas al servicio del Estado” estarían también comprendidos aquellos contratados mediante un CAS y, por ello, estarían legitimados para presentar el respectivo recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil impugnando la resolución administrativa emitida por la entidad estatal donde prestan sus servicios.

Nosotros consideramos que, en este caso, el artículo 16 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (Reglamento del CAS), norma que fue publicada en *El Peruano* el 25 de noviembre de 2008, ha sido **derogado de manera tácita** por las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM (Reglamento del Tribunal del Servicio Civil), norma publicada en *El Peruano* el 14 de enero de este año.

La derogación tácita de una norma jurídica, según Vidal Ramírez, “es la que resulta de la nueva norma que no tiene “declaración expresa” pero que colisiona con la que se encuentra en vigencia”⁽²⁵⁾. Cárdenas Quirós nos señala, en un mismo sentido, que la derogación tácita “resulta solo de la existencia de una incompatibilidad absoluta entre la norma nueva y la antigua, que determina la supresión de esta, sin mediar un pronunciamiento explícito en torno a su derogación”⁽²⁶⁾.

(23) El resaltado es nuestro.

(24) El resaltado es nuestro.

(25) Así lo expone Fernando Vidal Ramírez cuando analiza el artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Ver en: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, Reimpresión 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 20.

(26) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 169.

En este caso, hay una derogación tácita ya que, primero, hay dos normas del mismo rango (reglamentario); segundo, podemos ver que una ha sido emitida con posterioridad a la otra (el reglamento del Tribunal del Servicio Civil se emitió el 14 de enero de este año, mientras que el Reglamento del CAS se emitió el 25 de noviembre de 2008); y, finalmente, la norma posterior, esto es, el Reglamento del Tribunal del Servicio Civil diseña una regulación incompatible con la contenida en el Reglamento del CAS.

Por eso, consideramos que el Tribunal del Servicio Civil no se ha percatado de este conflicto normativo que se ha producido. Y esto, pensamos, es vital pues la previsión contenida en el artículo 16 del Reglamento del CAS no puede ser ignorada, más aún si la disposición que contiene es tan precisa cuando señala que la resolución que emite la propia entidad da por culminado el procedimiento administrativo. No hay, pues, manera de inaplicar este dispositivo que dilucidando si este ha sido derogado o a través de un control de legalidad. Desde nuestra posición, se ha producido una derogación de este dispositivo, pero una **derogación tácita** a través de la nueva regulación diseñada por el Reglamento del Tribunal del Servicio Civil.

III. ¿JUEZ LABORAL O SALA LABORAL?

Culminado el procedimiento administrativo, el contratado CAS tiene ya las puertas abiertas para transitar por el proceso judicial, en este caso, por un proceso contencioso administrativo. No obstante, la pregunta ahora es: ¿quién es el juez competente en primera instancia?

Esta pregunta se revela al revisar el artículo 17, tercer párrafo, del Decreto Legislativo N° 1023, que establece que “[e]l Tribunal constituye última instancia administrativa. **Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contencioso administrativa**”⁽²⁷⁾.

No obstante, nosotros creemos que este dispositivo también ha sufrido una **derogación tácita** por parte de la NLPT, ya que quien deberá atender en primera instancia la demanda contencioso administrativa impugnando una resolución del Tribunal del Servicio Civil será el juez de trabajo. Y esto porque, bajo el imperio de la nueva Ley Procesal del Trabajo, dicha demanda se deberá interponer ante el juez especializado en lo laboral, pues así se desprende de una lectura de su artículo 2 inciso 4 que establece que este juez será competente para conocer, en el proceso contencioso administrativo, “[l]as **pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público (...)**”.

(27) El resaltado es nuestro.

De este modo, es el juez laboral el que conocerá, en primera instancia, la demanda contencioso administrativa dirigida a impugnar la resolución del Tribunal del Servicio Civil que se ha originada por la celebración, ejecución, o extinción del CAS.

IV. EL TÍTULO PRELIMINAR DE LA NLTP Y SU EFECTO IRRADIACIÓN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

La NLPT, hemos señalado anteriormente, pretende instaurar una justicia omnicomprensiva, es decir, que todos los conflictos suscitados entre un empleador (sea persona natural o jurídica, de Derecho Privado o Público) y sus trabajadores serán de competencia del juez de trabajo. No obstante, esto no significa que el proceso a través del cual se desarrollen y solucionen estos conflictos será siempre alguno de los que esta nueva ley establece. Afirmamos esto porque, en caso el empleador sea una persona jurídica de Derecho Público, el proceso que se desarrollará será uno contencioso administrativa. Justamente, uno de estos procesos lo será el dirigido a impugnar una resolución emitida por el Tribunal del Servicio Civil resolviendo un conflicto suscitado entre el empleador y un contratado CAS, que ha sido el conflicto sobre el cual ha girado esta investigación.

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿cuál es la utilidad de este traslado de competencias de un juez a otro, esto es, del juez contencioso administrativo al juez de trabajo?

Podrían plantearse varias consecuencias de ello. Nosotros solo señalaremos una, que consideramos vital y que deberá ser tomada en cuenta por todos los jueces de trabajo: la irradiación del Título Preliminar de la NLPT en el desarrollo de estos procesos contenciosos administrativos

Una lectura atenta del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, y el Título Preliminar de la NLPT, nos lleva a señalar que los principios y directrices que rigen uno u otro proceso son distintos⁽²⁸⁾. Para ser más exactos: mientras que la primera de estas normas señala que los principios que rigen el proceso contencioso administrativo son los de integración, de igualdad procesal, de favorecimiento del proceso, y de suplencia de oficio (artículo 2); la segunda establece que los principios del proceso de trabajo⁽²⁹⁾ son el de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad (artículo I).

(28) La trascendencia de distinguir al proceso contencioso administrativo del laboral, para Cruz Villalón, “no constituye una cuestión baladí, puramente técnica, sino que conduce a importantes opciones de política legislativa; sin entrar en mayores detalles, baste con indicar que **los principios informadores del proceso laboral son netamente diversos de los correspondientes a la jurisdicción contencioso administrativa**” (el resaltado es nuestro). Ver: CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit., p. 501.

(29) Sobre los principios del proceso de trabajo regulados en la NLTP, puede verse: GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. “Los principios en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*, N° 30, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2010, ps. 68-79.

Por otro lado, en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT se han reconocido una serie de directrices que deberán influir el desarrollo del proceso de trabajo: el principio de socialización del proceso, preferencia por la finalidad del proceso (y no por la formalidad), el principio *pro actione*, el respeto del debido proceso, la especial tutela a ciertos trabajadores (la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad), el impulso procesal, la potestad sancionatoria del juez, y la gratuidad del proceso.

Nosotros creemos que todos los principios recogidos en la NLPT (tanto en el artículo I como en el III) deberán también influir el inicio, desarrollo y conclusión del proceso contencioso administrativo que atenderá el juez de trabajo. Este último no solo deberá observar la ley que regula este último proceso; por el contrario, es gracias a su inserción en el cuerpo de la NLPT que se justifica que el espíritu tuitivo que esta norma diseña deba también ser predicable en el proceso contencioso administrativo.

La razón para sustentar esta irradiación de los principios reconocidos en la NLPT también en el proceso contencioso administrativo es el sustrato sustantivo que le subyace: la prestación personal de servicios. Si se ha sostenido que la situación de desigualdad entre trabajador y empleador justifica, además de la intervención normativa sustantiva, una serie de mecanismos procesales que consideren tal desigualdad⁽³⁰⁾, ¿por qué no defender la aplicación de estos mecanismos tuitivos también en el proceso que busca resolver el conflicto entre el Estado y las personas que le brindan sus servicios?

Hay varios principios que se pregonan en la NLPT y que perfectamente serían predicables en el desarrollo del proceso contencioso administrativo. La propia NLPT, sin embargo, no ha intentado conciliar este proceso con la estructura y diseño que presenta el nuevo proceso de trabajo, sino que, simplemente, se ha conformado con entregarle la competencia del proceso contencioso administrativo al juez de trabajo. Este, no obstante, consideramos es solo un paso. Bien se pudo, además, configurar un proceso contencioso administrativo “laboral” específico en esta nueva ley que tenga una estructura y diseño similar al del nuevo proceso de trabajo. Además, esto adquiere enorme relevancia porque, ahora, el proceso contencioso administrativo que verá el juez de trabajo no será solo el suscitado por un CAS, sino, también, el que se puedan generar entre el Estado y sus trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N° 728 y al Decreto Legislativo N° 276.

Pese a esto, esperamos que los jueces de trabajo, al momento de empezar a resolver conflictos encausados a través de procesos contenciosos administrativos, sepan conjugar los principios que recoge la NLPT a fin de permitir que la justicia laboral también se pueda conseguir en este tipo de procesos. No obstante, esta labor

(30) Cfr. VINATEA RECOBA, Luis. “Los principios del Derecho del Trabajo y el proceso laboral”. En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2009, p. 102.

de integración del juez puede resultar sumamente dificultosa; por eso, es recomendable que el legislador tome rápidamente cuenta de que su intención de incorporar, dentro de la “justicia laboral omnicomprendensiva”, al proceso contencioso administrativo puede resultar nula si no se le insertan los mecanismos tuitivos y socializadores que la nueva norma procesal laboral diseña.

CONCLUSIONES

- El contratado mediante un CAS si desea transitar por un proceso judicial deberá acudir al proceso contencioso administrativo. Como todo proceso de esta índole, lo que se impugnará será un acto administrativo que haya causado estado, es decir, tiene que haberse agotado un procedimiento administrativo previo.
- El procedimiento administrativo que debe agotar el contratado CAS tiene dos instancias administrativas: la primera, constituida por el acto administrativo que emite la propia entidad ante el reclamo del administrado; la segunda, constituida por el acto administrativo que emite el Tribunal del Servicio Civil al resolver el recurso de apelación interpuesto con el primer acto administrativo.
- Una vez agotada la vía administrativa, se interpondrá la demanda contencioso administrativa. El juez competente para atender esta demanda en primera instancia, será, según la NLPT, el juez de trabajo. Y el proceso a través del cual se resolverá este litigio será el proceso contencioso administrativo.
- Hemos expuesto y lanzado como conclusión que la utilidad de reconocer esta competencia del juez de trabajo para conocer el proceso contencioso administrativo dentro de la NLPT es que los principios y estructura con alcance tuitivo deben de regir también a este proceso. Aunque nuestra investigación inicialmente buscaba detenerse a defender esta “irradiación” en el proceso contencioso en el que se resolviera un conflicto suscitado en el CAS, consideramos que el Título Preliminar y los principios de la NLPT insuflan todo proceso contencioso, es decir, también el dirigido a impugnar tanto las resoluciones emitidas por el Tribunal del Servicio Civil, como las emitidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo o la Oficina Nacional de Pensiones.
- Consideramos que el legislador no se ha percatado de la necesidad de diseñar un proceso contencioso administrativo *sustantivamente laboral o social* acorde con las innovaciones que trae consigo la NLPT. Encomendar esta labor a los jueces resulta hartamente complicado. Por eso, esperamos que se caiga en cuenta de que si realmente se pretende alcanzar una justicia omnicomprendensiva, en donde se otorgue justicia de manera rápida y efectiva en todo tipo de conflicto laboral y/o social, no debe dejar de lado al proceso contencioso administrativo. Encargarle el desarrollo de este proceso al juez de trabajo, como lo ha hecho la NLPT, es solo un paso, pero, por sí solo, es insuficiente.

LA EFICACIA DEL PROCESO LABORAL Y EL ESTADO COMO PARTE

Mauricio Matos Zegarra^()*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Social en general, y el derecho del trabajo y la seguridad social en particular se encuentran inevitablemente ligados al desarrollo económico y social. Las leyes laborales aplicables en un país en un momento determinado responden siempre al paisaje socio económico en el cual han sido concebidas. Kaufmann nos recuerda que para aquellos que intenten estudiar el Derecho Social “los conocimientos sobre la sociedad en la cual las leyes laborales son concebidas y aplicadas son indispensables, pues el marco estrictamente jurídico es muy estrecho, ya que el derecho refleja la realidad de la cual depende”⁽¹⁾

Es precisamente, en respuesta a la nueva realidad laboral y a la necesidad de contar con herramientas eficaces que permitan hacer efectivos en la práctica los derechos laborales y de seguridad social a través de un proceso judicial que la nueva Ley Procesal del Trabajo publicada el viernes 15 de Enero de 2010 y vigente de manera progresiva en los diversos distritos judiciales de nuestro país se ofrece como una seria alternativa de eficacia en el acceso a la justicia y en la resolución de conflictos de intereses o incertidumbres de carácter laboral y de seguridad social.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín Arequipa - Perú. Magíster en Derecho Social por la Universidad Libre de Bruselas - Bélgica. Profesor de pregrado en Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Universidad Católica de Santa María. Arequipa - Perú.

(1) Institut Max-Planck de Droit Social, Munich; M.C. associé à l'Université Robert Schuman, Institut du travail. *Le Droit Social Comparé*.

Entre otras innovaciones, la nueva regulación procesal amplía el ámbito de aplicación de la justicia laboral a todas las prestaciones personales sean de naturaleza pública o privada, sean de naturaleza formativa o laboral propiamente dicha e incluso a aquellas de naturaleza civil en los casos de encubrimiento de relaciones laborales.

En este sentido, atendiendo a la función social del derecho del trabajo, debemos tomar en cuenta que la realidad laboral que ofrece nuestro país hoy en día es una: El propio Estado se ha convertido en el mayor empleador a nivel nacional y pese a ser una persona Jurídica de Derecho Público es el mayor empleador del régimen laboral de la actividad privada, por lo que a través del presente artículo nos proponemos analizar algunas disposiciones de la nueva legislación procesal laboral y su eficacia cuando el Estado es parte.

Así, nuestro artículo está dividido en tres partes fundamentales: En la primera analizamos el ámbito de la justicia laboral previsto por la Ley Procesal del Trabajo así como el rol que juega el Estado como empleador del régimen laboral de la actividad privada. En la segunda, nos abocamos exclusivamente a analizar ciertas disposiciones de la nueva ley que aplicadas a un empleador privado podrían tener el efecto de hacer un proceso laboral mucho más rápido y expeditivo, pero que aplicadas al Estado podrían resultar más bien ineficaces. Finalmente, en la tercera y última parte analizamos cuidadosamente las perspectivas del nuevo proceso laboral y los retos de este para atender al principal usuario del sistema procesal laboral en el Perú: El Estado.

I. EL NUEVO MODELO PROCESAL LABORAL Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL

1. Los Principios del Proceso Laboral

Tal como lo advierte Monroy Gálvez⁽²⁾ al referirse a unos de los principios del procedimiento que orientan un sistema procesal publicístico “el tiempo cumple un rol esencial y envolvente en el proceso. Casi no es posible encontrar algún proceso en donde, adicionalmente al conflicto que tienen las partes, no exista otro referido a la urgencia que una de ellas tiene de acabar pronto el proceso, necesidad que es inversamente proporcional a la misma urgencia de la otra, pero de prolongarlo”.

Así, advertimos que durante la vigencia de la Ley 26636 –Ley Procesal del Trabajo, así como de su predecesora, el Decreto Supremo 003-80-TR– que en su momento significaron un avance respecto al carácter anacrónico del Código de

(2) MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría General del Proceso*. Tercera Edición. E. Communitas. Lima.2009. p. 205.

Procedimientos Civiles de 1912⁽³⁾, y pese a los buenos auspicios con los que nacieron ambos procesos para hacer efectivos en la práctica los derechos de trabajadores y empleadores que en ellos se hacían valer, tres de los principios del sistema procesal y de la tutela jurisdiccional efectiva que sin duda cayeron rápidamente en desuso con el paso del tiempo y el incremento inexorable de la carga procesal fueron: 1) el de Economía Procesal; 2) el de Celeridad Procesal contraviniendo el hecho trascendente e indiscutible que una justicia tardía no es justicia⁽⁴⁾, y sin lugar a dudas 3) el Principio de Inmediación cuya expresión material es la Oralidad.

Es precisamente sobre la base de estos principios a los que se añan los de concentración y veracidad que el nuevo proceso laboral pretende convertirse en un mecanismo de resolución de conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, ambas de carácter laboral y de seguridad social, permitiendo que las partes comprendidas en él puedan alcanzar la paz social en justicia.

2. El Ámbito de la Justicia Laboral y el Estado como parte

Con este título, que he tomado prestado de la Ley Procesal del Trabajo, el Artículo II del Título Preliminar de la referida norma establece el ámbito de aplicación material de nuestra nueva legislación procesal. Así, podemos advertir que no solo se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la misma los conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas del régimen laboral de la actividad privada, sino también, aquellos derivados del régimen laboral de la actividad pública, dejando de lado un divorcio conceptual que pretendía derivar todo aspecto referido al régimen laboral de la actividad pública al campo del Derecho Administrativo y su discusión en sede jurisdiccional al juez contencioso administrativo.

Sobre este aspecto, Neves Mujica⁽⁵⁾ nos recuerda que la naturaleza pública o privada de las relaciones laborales ha experimentado una interesante evolución, advirtiéndose que en un primer momento se consideró como una relación laboral solo la que se establecía en la actividad privada y se asignó al Derecho administrativo la que se daba con el trabajador público. Refiere también que en una segunda etapa marcada por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 276) se admitió la tesis contractualista del empleo público y que finalmente en un tercer momento el Estado empieza a fungir como empleador del sector privado. Hoy podemos afirmar sin ninguna duda que el Estado se ha convertido en el principal usuario del régimen laboral de la actividad privada.

Sin embargo, es necesario precisar sobre este punto, que no es que a partir de la vigencia de nuestra Ley Procesal del Trabajo el proceso contencioso administrativo

(3) Aspectos Centrales de la Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636) En: <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/326.htm>>

(4) MONROY GÁLVEZ, Juan F. Ob. cit., p. 207

(5) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009, p. 47 y ss.

no va a ser utilizado para resolver los conflictos de intereses derivados del régimen laboral de la actividad pública, sino que ya no será el Juez Contencioso Administrativo o Civil quién tenga competencia para aplicar la referida legislación procesal, sino el Juez de Trabajo; Asimismo advertimos que la competencia de este se extiende a toda prestación personal de servicios, cualquiera que sea el origen de la misma, y aún si fuese civil, el Juez de Trabajo será competente para conocer la pretensión si lo que la parte demandante alega es el encubrimiento de sus relaciones laborales bajo el disfraz del contrato civil.

Pero hasta aquí no hemos dicho nada nuevo y el presente acápite no pretende tampoco analizar exegéticamente el referido Artículo II para explicar lo que ya está contenido en él, sino llamar la atención sobre un aspecto del ámbito de la justicia laboral que nos parece no ha sido debidamente abordado por nuestro legislador: ¿Qué sucedería con nuestra nueva legislación procesal laboral cuando una de las partes del proceso laboral sea el Estado –pero no el Estado en tanto que empleador en el régimen laboral de la actividad pública– sino el Estado en tanto que empleador en el régimen laboral de actividad privada?

En efecto, de la revisión de Artículo 02.1 de nuestra Ley Procesal del Trabajo se advierte que el Juez de Trabajo es competente para conocer:

- a) **A través del Proceso Laboral;** de todas las pretensiones referidas al régimen laboral de la actividad privada, regulada esencial y principalmente por el Decreto Legislativo 728 - Ley de Fomento del Empleo y su Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR (Ley de Productividad y Competitividad Laboral)
- b) **A través del Proceso Contencioso Administrativo;** de todas las pretensiones originadas en las prestaciones de derecho público, es decir aquellas referidas al régimen laboral de la actividad pública, regulada esencial y principalmente por el Decreto Legislativo 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento el Decreto Supremo 005-90-TR.

Es decir, que cuando se presente un conflicto de intereses entre un trabajador estatal que ha sido contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada y su empleador (El Estado), el Juez Competente será el Juez de Trabajo y la ley procesal aplicable: La Ley Procesal del Trabajo.

Esta posición ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional a través del Fundamento 36 de la STC recaída en el Expediente 00206-2005-PA/TC (Caso BAYLÓN FLORES) donde el Tribunal determinó que:

36. Consecuentemente, y por la aplicación de similares criterios respecto a la reconducción de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausadas a través de

las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas, y que son:

- a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual privado.
- b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículos 4 inciso 6 y 25 de la Ley N° 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público). (...)

Analicemos esta situación a la luz de nuestra nueva legislación procesal:

II. EL ESTADO COMO EMPLEADOR DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Todos somos conscientes que en nuestro país el mayor usuario del Poder Judicial en material laboral es el propio Estado y baste revisar cualquier estadística de carga procesal en materia laboral o en materia de seguridad social ya sea del propio Poder Judicial⁽⁶⁾ o del Tribunal Constitucional⁽⁷⁾ para concluir que cuando el Estado actúa como empleador, no es el más eficiente de todos para prevenir conflictos de esta naturaleza.

En efecto, la flexibilización de las relaciones laborales en nuestro país conllevó a altos índices de informalidad en la contratación laboral, el abuso de la figura de la contratación civil desvirtuada, así como de los contratos de trabajo sujetos a modalidad sin causa objetiva de celebración y sobretodo, la privatización de todas las relaciones laborales del Estado.

Dentro de esta tendencia, el Estado consideró a inicios de los años noventa que resultaba mucho más “económico” dejar de considerar la posibilidad de nuevos ingresos a la carrera administrativa, en tanto que funcionarios públicos al amparo de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, y reemplazar la forma de contratación de estos servidores por modalidades –si bien mucho menos costosas desde el punto de vista del empleador– más onerosas desde el punto de vista del sacrificio a la protección social que el derecho del trabajo dispensaba a estos servidores.

Así y solo para citar dos ejemplos concretos, el Artículo 37 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades– establece en su segundo párrafo que *Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen*. Por su parte, el Artículo 22 de la Ley 26366 –Ley de Creación de la Superintendencia de los Registros Públicos, establece que el personal de la SUNARP está comprendido en el régimen laboral de la actividad

(6) <<http://www.pj.gob.pe>>.

(7) <<http://www.tc.gob.pe>>.

privada; Y tal como lo afirma Neves Mujica “cada vez un número mayor de ellos [trabajadores públicos] se somete al ordenamiento laboral del sector privado: trabajadores administrativos del Congreso, del Poder Judicial y muchas entidades dependientes del Poder Ejecutivo”⁽⁸⁾.

Hoy en día, con la paulatina puesta en vigencia de nuestra Ley Procesal del Trabajo, es moneda corriente encontrar en los juzgados civiles (en el caso de procesos constitucionales de garantía) o laborales (en el caso de pretensiones de esta naturaleza) demandas en contra del Estado, ya sea impugnando un despido, ya sea denunciando la desnaturalización y encubrimiento de las relaciones laborales, la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, entre otras pretensiones.

Concluimos entonces que será el Juez de Trabajo quién a través del nuevo proceso laboral tenga que conocer de todas estas pretensiones, que si bien involucran a una persona jurídica de Derecho Público, están sujetas al régimen laboral de la actividad privada y la cuestión que nos planteamos al inicio del presente artículo vuelve a presentarse: ¿Será tan eficaz y expeditiva nuestra nueva legislación procesal laboral cuando una de las partes sea el propio Estado, y sobre todo cuando actúa como parte demandada?, tenemos algunas dudas que pretendemos aclarar en las líneas siguientes.

III. LA EFICACIA DEL PROCESO LABORAL TENIENDO AL ESTADO COMO PARTE: A MANERA DE EJEMPLO

En la primera parte del presente artículo resaltábamos los principios sobre los que se construye el nuevo modelo procesal laboral y tal como advierte el propio Ministerio de Trabajo y Promoción Social al destacar los beneficios de la nueva ley se cristalizan en:

- a) Los conflictos laborales se solucionarán con celeridad en un promedio de duración de seis (6) meses, agotadas todas las instancias.
- b) El acceso a la justicia laboral se dará en mayor número en nuestra población y gozarán del reconocimiento de sus derechos laborales.
- c) El procedimiento es simple, de fácil entendimiento y tramitación lo cual redundará en una justicia atractiva y eficiente de solución de conflictos.
- d) Los justiciables conocerán la jurisprudencia que emitan los jueces laborales para que la ley se aplique igual para todos.
- e) La introducción de sistemas informáticos, de audio y video, contribuyen con la modernidad en los procedimientos judiciales. La justicia llegará en forma rápida, eficiente, fácil y atractiva.⁽⁹⁾

(8) NEVES MUJICA, 2009. Ob. cit., p. 49

(9) <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>.

Sin embargo advertimos que los aspectos de rapidez, eficiencia, y celeridad en la duración de los procesos pueden volverse una verdadera quimera si el demandado en nuestro proceso laboral no es un empleador cualquiera sino el Estado.

1. Ámbito de la Justicia Laboral y tendencia de las demandas que se interponen ante el Poder Judicial. (Artículo II del Título Preliminar)

En primer lugar, tenemos que en su gran mayoría, las demandas que se dirigen en contra del Estado por parte de sus servidores tienen un objetivo común: denunciar la desnaturalización de su relación civil (servicios no personales), o la desnaturalización de la relación sujeta a modalidad, de tal manera, que el Juez disponga la rectificación de su situación laboral ordenando al Estado que dichos trabajadores sean considerados como trabajadores sujetos a un contrato de trabajo a duración indeterminada.

En este sentido, la construcción jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional a partir de los casos Llanos Huasco (STC 0976-2001-AA/TC) y cuyos precedentes vinculantes respecto a la reparación de los derechos constitucionales lesionados en los casos de despido fraudulento e incausado fueron ratificados por el caso Baylón Flores (STC 0206-2005-PA/TC)⁽¹⁰⁾ conllevan a que necesariamente un trabajador que pretenda su reposición a su centro de trabajo y no solo una indemnización por despido arbitrario siga recurriendo al Juez Civil, para que sea este, a través de un proceso constitucional de amparo, quien ordene su reposición, pues resulta evidente que en aplicación del Artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, un Juez de Trabajo no podría ser competente para ordenar la reposición de un trabajador, salvo que se trate del Despido Nulo al que hace referencia el Artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR.⁽¹¹⁾

Y si bien, esta crítica al ámbito de la justicia laboral no es exclusiva y excluyente del Estado, siendo este uno de los empleadores más demandados en nuestro país, resulta evidente que esta parcela de pretensiones que buscan la reposición frente a un despido fraudulento o incausado permanece fuera del ámbito de aplicación de nuestra Ley Procesal del Trabajo y seguirá formando parte de la competencia constitucional. Primer aspecto que deja a nuestra nueva ley procesal sin una gran porción de competencia en materia de conflictos laborales.

(10) Para un análisis pormenorizado de la construcción jurisprudencial que sobre el despido ha realizado el Tribunal Constitucional recomendamos revisar. ARCE ÓRTIZ, Elmer. *La Nulidad el Despido lesivo de Derechos Constitucionales*. ARA Editores. 2da Edición. Lima 2006.

(11) Es necesario precisar que si bien dentro de la competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo se advierte en el Artículo 2.2. que los juzgados especializados de trabajo conocen en proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión única, dicha pretensión se encuentra referida a los casos de despido nulo al que hace referencia el Artículo 29 y el último párrafo del Artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR y no a los casos de reposición por despido fraudulento e incausado fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

2. La Igualdad entre las partes (Artículo III del Título Preliminar): Pago de aranceles, costas, costos y el pago de sumas de dinero por parte del Estado

Uno de los fundamentos del proceso laboral que se desprenden del Artículo III del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo, es el deber de evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso. En este sentido, si bien un empleador privado no está en situación de comparación objetiva con el Estado en tanto que empleador y entre este y el demandante trabajador, nos preguntamos si esta desigualdad podría ser evitada y eventualmente eliminada por el Juez.

Así tenemos en cuanto a la condena de Costos y Costas, que a diferencia de cualquier demandante o demandado del régimen laboral de la actividad privada, el Estado solo puede ser condenado al pago de Costos, tal como lo establece la Séptima Disposición Complementaria de la Ley Procesal del Trabajo no importando si el Estado actuó con temeridad y mala fe tal como lo establece el Artículo 14 de la Ley Procesal del Trabajo, por lo que en ese aspecto por lo menos parece imposible equiparar a todas las partes.

De la misma manera sucede con uno de los aspectos fundamentales de la Ley Procesal del Trabajo: la gratuidad del proceso laboral para el prestador de servicios cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal. En efecto, este artículo debió considerar también que el proceso laboral es gratuito para el Estado en todas las instancias, sin limitación alguna, esto por aplicación del Artículo 24 inciso g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece expresamente la gratuidad de la justicia para las diversas entidades que conforman los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, las instituciones públicas descentralizadas y los Gobiernos Regionales y Locales, por lo que el pago de aranceles judiciales no será, al menos, una limitación para que el Estado despliegue sus mecanismos de defensa en el proceso laboral.

Veamos otro ejemplo; En caso que la sentencia ordene el pago de una suma de dinero líquida, será mucho más fácil que cualquier parte cumpla con el pago de la misma, que el Estado cumpla dicha obligación.

Recordemos que en materia de obligaciones de dar suma de dinero, nos encontremos o no frente a un proceso laboral, el Estado solicitará el cumplimiento de la misma en estricto cumplimiento del Artículo 47 del Decreto Supremo 013-2008-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo) y que permite al Estado constreñido a dar cumplimiento a una sentencia con la calidad de cosa juzgada que ordene el pago de suma de dinero a:

- a) Atender la obligación con cargo al Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda.
- b) En caso que el financiamiento resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.
- c) De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.
- d) Finalmente, el proceso de ejecución solo puede ser iniciado seis (6) meses después de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos, contrariamente a lo que regula nuestra Ley Procesal del Trabajo respecto a los procesos de ejecución

La posibilidad de hacer desaparecer las diferencias entre las partes, parecen en este aspecto difíciles para cualquier Juez de Trabajo.

3. La Notificación con la demanda al Estado (Artículo 13)

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 12 del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado – Decreto Legislativo 1068 – los procuradores públicos del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y de los Organismos Constitucionalmente Autónomos ejercen la defensa jurídica del Estado de acuerdo a la Constitución, al presente Decreto Legislativo y sus reglamentos. Tienen sus oficinas en la Capital de la República ejerciendo sus funciones y atribuciones en el ámbito nacional.

En este orden de ideas, para un trabajador que quiera emplazar a la institución estatal donde presta sus servicios y tenga la mala suerte de no vivir en la ciudad de Lima, dicho acto de notificación puede durar en el mejor de los casos algunos meses. En efecto, pese a que el Artículo 13 de la Ley Procesal del Trabajo dispone la implementación de la notificación electrónica, resulta evidente que hoy en día y pese a los avances significativos que ha tenido el Poder Judicial para eliminar las trabas a la notificación fuera del distrito judicial disponiendo que la misma se

haga por cédula y ya no por exhorto⁽¹²⁾, resulta evidente que la notificación al procurador público respectivo, resulta cuanto menos una labor que requiere tiempo y paciencia para todo litigante.

4. Formas Especiales de Conclusión del Proceso:

Otro aspecto que nos parece importante resaltar respecto a la participación del Estado en tanto que empleador privado en el proceso laboral es el referido a las formas especiales de conclusión del proceso.

En efecto, el Artículo 30 de la Ley Procesal del Trabajo establece que el proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono. Ocupémonos de ellas cuando el Estado actúa como empleador privado.

Es un hecho que si el procurador público o representante legal del Estado quisiese allanarse, deberá tomar en cuenta que el Artículo 332 del Código Procesal Civil –aplicable supletoriamente al proceso laboral– establece que dicho allanamiento resulta improcedente cuando el demandado es el Estado, salvo que su representante tenga autorización expresa lo que en la práctica se traduce en una imposibilidad para allanarse a la pretensión.

De la misma forma sucede respecto a la transacción, conciliación y al desistimiento de la pretensión y el proceso, por cuanto tal como lo establece el Artículo 336 del Código Procesal Civil los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, solo pueden transigir, conciliar, desistirse del proceso o de la pretensión previa autorización expresa. Nos preguntamos entonces ¿en cuántos casos los funcionarios del Estado tienen estas facultades? ¿No resulta acaso más fácil para el Estado llevar el proceso hasta el estado de contar con una sentencia consentida o ejecutoriada para poder presupuestar su cumplimiento y evitar además exponerse a una denuncia penal?

Esta situación se agrava más, si revisamos la parte pertinente del Artículo 43 de la Ley Procesal del Trabajo dónde se establece que se puede declarar rebelde al demandado si no tiene facultades para conciliar, por lo que nos preguntamos nuevamente si esta disposición no resultaría casi imposible de cumplir para el Estado dejándolo en indefensión frente a la contraparte.

Evidentemente no hemos cubierto todos los supuestos y posibilidades en las que el Estado puede convertir al más eficaz de los procesos en uno anacrónico y anquilosado, pero baste los mencionados para exponer nuestro punto de vista.

(12) Resolución Administrativa 247-2009-CEPJ mediante la cual se aprueba la Directiva 010-2009-CEPJ referida a los procedimientos para el diligenciamiento de notificaciones judiciales dirigidas a distinta sede judicial.

IV. PERSPECTIVAS DE LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO FRENTE AL ESTADO COMO EMPLEADOR PRIVADO

El presente artículo carecería de sentido si solo nos hubiésemos propuesto criticar a la Ley Procesal del Trabajo, a la cuál le reconocemos, por cierto, muchas más virtudes que defectos, y más aún si creemos que la presente crítica pueda servir para que en el proceso de su implementación se adopten medidas correctivas para una eficiente aplicación de la justicia laboral.

En efecto, el esfuerzo de la implementación de la presente ley no solo va a depender del Poder Judicial y del Ministerio de Trabajo, sino que en general va a depender de la participación y colaboración de los principales actores del proceso laboral para una adecuada implementación, por lo que el Estado empleador privado va a tener que modificar sus principales estructuras de defensa –caracterizada en muchos casos por el obstruccionismo y la defensa dilatoria– por una nueva defensa más activa y eficiente que permita que los funcionarios que ejercen su defensa en el proceso laboral cuenten entre otras cosas con todas las facultades necesarias para poder concluir un conflicto de intereses con rapidez, que se instruya a sus defensores a buscar la verdad material y no dilatar el proceso hasta que se tenga una sentencia consentida o ejecutoriada que pueda ser presupuesta quizá en unos años más.

La Ley Procesal del Trabajo no solo debe constituir un cambio de legislación, no se trata de vestir a un santo para desvestir a otro, sino que debe constituir un cambio de mentalidad del Juez, así como de las partes que en él intervienen.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

A través de la breve exposición realizada en el presente artículo llegamos a algunas conclusiones a tomar en cuenta respecto a la implementación de la Ley Procesal del Trabajo y la actuación del Estado como empleador privado:

- a. El mayor empleador del Perú en el régimen laboral de la actividad privada es el Estado y la Ley Procesal del Trabajo no ha previsto mecanismos especiales para prever esta situación.
- b. En primer lugar, una gran parcela de procesos de naturaleza laboral en los que el Estado es parte y en los que el demandante pretende esencialmente su reposición han quedado reservados para los jueces civiles a través de los procesos constitucionales de garantía, debido a la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional del despido lesivo de derechos fundamentales.
- c. El nuevo proceso laboral no va a resultar tan eficiente y expeditivo cuando sea el Estado quién actúe como parte demandada en conflictos de naturaleza laboral del régimen laboral privado por cuanto no puede ser condenado al pago de costas, está exonerado siempre del pago de aranceles judiciales, la defensa judicial que es ejercida por los procuradores exige que todas las notificaciones del Perú se dirijan inicialmente a Lima, el Estado puede diferir

largamente el pago de las obligaciones de dar suma de dinero a las que es obligado en aplicación de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, el Estado difícilmente podrá acogerse a las formas especiales de conclusión del proceso previstas por la legislación laboral, en aplicación de las disposiciones supletorias del Código Procesal Civil y la propia naturaleza y facultades de los funcionarios que ejercen la defensa del Estado.

- d. La Ley Procesal del Trabajo, no solo debe suponer un cambio de legislación, sino y sobretudo un cambio de actitud en la actuación de las partes, dejando de lado la defensa obstruccionista y dilatoria que caracteriza al Estado en tanto que empleador privado reemplazándola por una actitud dispuesta a alcanzar la verdad material discutida.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARCE ORTIZ, Elmer. *La Nulidad el Despido lesivo de Derechos Constitucionales*. ARA Editores. 2da Edición. Lima 2006.
2. MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría General del Proceso*. Tercera Edición. E. Communitas. Lima.2009.
3. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2009.
4. Institut Max-Planck de Droit Social, Munich; M.C. associé à l'Université Robert Schuman, Institut du travail. *Le Droit Social Comparé*.
5. Aspectos Centrales de la Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636) En <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/326.htm>>.
6. <<http://www.pj.gob.pe>>.
7. <<http://www.tc.gob.pe>>.
8. <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones/beneficios_nueva_ley_procesal_trabajo.pdf>.

LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Concepto y regulación en la nueva Ley Procesal del Trabajo^(*)

*Luis Mendoza Legoas^(**)*

La entrada en vigencia de la Ley 29494, nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante: LPT) importa un cambio al régimen de la anterior Ley 26636, tendente a la defensa eficaz de los derechos laborales en general. En el caso específico de la libertad sindical, esto es posible mediante mecanismos como el que favorece la intervención del sindicato en el proceso y otras disposiciones generales, entre las que destaca el nuevo régimen cautelar de los artículos 54 a 56 LPT. En este trabajo ensayaremos una aproximación a la protección jurisdiccional del derecho de libertad sindical frente a los actos antisindicales provenientes del empleador,⁽¹⁾ que generen controversias jurídicas o de derecho, enfatizando el papel que el proceso laboral cumple dentro del sistema procesal laboral peruano. Así, procuraremos arribar a un balance preliminar del modelo de tutela procesal que para este importante derecho ha establecido el legislador nacional, el mismo que reserva un papel protagónico a las medidas cautelares laborales.

(*) El autor agradece al doctor Guillermo Boza Pró por los valiosos comentarios aportados a este trabajo.

(**) Asistente académico de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Aunque reconozcamos que es posible que el comportamiento antisindical tenga a un agente subjetivo distinto, como podrían ser el Estado u otros sindicatos, no nos ocuparán aquí tales supuestos pues reconocemos que, aunque estos también pueden ser sujetos posibles del proceso laboral, la abrumadora mayoría de casos ventilados en la jurisprudencia tienen como demandado al empleador, típico agente activo de los comportamientos antisindicales.

I. EL PROCESO LABORAL DENTRO DEL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA LIBERTAD SINDICAL

A partir del momento histórico en el que la libertad sindical pasa a ser reconocida como un fenómeno social de consecuencias relevantes en la ordenación de las relaciones laborales, es cuando el tema de los mecanismos de garantía de ese derecho empieza a ser también relevante. Si clasificamos tales vías de garantía según la naturaleza de los mecanismos de solución de conflictos en que se plasman, podríamos apoyarnos en el tradicional trinomio (*autotutela; autocomposición y heterotutela o heterocomposición*)⁽²⁾.

Este complejo sistema de garantías resulta una muestra evidente de superación de una perspectiva pasiva del Estado frente al fenómeno sindical, instalándose una nueva en la que el ordenamiento pareciera entender –al menos formalmente– que la promoción de los sindicatos (actores sociales esenciales en el sistema democrático) demanda la existencia de mecanismos de garantía que hagan eficaces a los derechos de libertad sindical. Consecuencia de ello es que se reconozca al sindicato como una parte posible del proceso jurisdiccional, condición inherente a las funciones que el ordenamiento le reconoce como propias, tanto en las controversias de trascendencia colectiva como aquellas individuales donde legítimamente inter venga. Todo esto constituye una conquista del Estado Social de Derecho, que supera la visión liberalista del acceso a la justicia⁽³⁾.

Sin embargo, le idea de la protección jurisdiccional de la libertad sindical debe ser matizada por un dato histórico. En verdad, el proceso jurisdiccional ha tenido un menor desarrollo en la protección de los derechos colectivos de los trabajadores que los mecanismos autónomos de protección: esto se debe a que –precisamente– muy temprano este instrumento se mostraba *no apto* para la protección de los derechos de los trabajadores (individuales o colectivos). Pero esa misma desprotección por parte del poder público fue causa eficiente del surgimiento y desarrollo de la acción sindical, que se instituyó como un mecanismo que buscaba ofrecer una forma de tutela (autotutela) alternativa a la jurisdicción y, en general, preferida

(2) Seguimos aquí la clasificación doctrinaria recogida por ERMIDA URIARTE, Óscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1996, pp. 259-262. Entre las formas de autotutela del primer grupo, la acción huelga y el cierre patronal son las figuras más notorias. Por otro lado, las fórmulas autocompositivas implican la participación voluntaria de las partes mediante formas privadas de conciliación de intereses, teniendo ellas como paradigma a la negociación colectiva. En tercer lugar, la heterotutela incluye a las formas de conciliación obligatorias (como las auspiciadas por la autoridad administrativa de trabajo) y el proceso jurisdiccional, siendo probable que también pueda incluirse a los modelos trilaterales del procedimiento sancionador resultante de la inspección laboral. Del ámbito internacional, habría que añadir a los no menos importantes mecanismos e instancias de control de aplicación de las normas internacionales de trabajo y a los mecanismos de queja previstos en los acuerdos comerciales entre Estados.

(3) En ese sentido se pronuncia PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos. *Sindicato y proceso de trabajo*. Salamanca: Caja Duero, 2004, pp. 287-288.

a las formas de intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo⁽⁴⁾. Por todo ello, puede afirmarse que históricamente la consolidación de la acción sindical supuso necesariamente la desconfianza en la capacidad de los mecanismos heterónomos de solución del conflicto laboral para resolver los litigios a favor de la posición de los trabajadores. De esa manera, se vio incrementada la importancia de la acción sindical mediante la autocomposición típicamente laboral, como es la negociación colectiva y –cuando el conflicto lo requiriese– la autotutela (huelga o algún otro mecanismo o medio de defensa).

Aun más, la jurisdicción fue la forma de intervención pública en las relaciones laborales que encontró mayores reparos por parte de los sindicatos, pues previamente a la irrupción de un proceso laboral propiamente dicho, la justicia civil mostraba un prisma formalista *no intervencionista*, que contrastaba con la intervención administrativa sustanciada en la inspección del trabajo.⁽⁵⁾ Sin embargo, la evolución de los sistemas procesales ha provocado que el intervencionismo del proceso jurisdiccional se haya incrementado,⁽⁶⁾ al punto de que al Juez le es reconocida una capacidad *coactiva* sobre el empresario para exigir el cumplimiento específico de obligaciones personalísimas que puedan reafirmarse en el proceso laboral y cuya fuente originaria sea una norma laboral, desde la ley hasta el contrato de trabajo, incluyéndose también a los contenidos normativos de los convenios colectivos de trabajo.⁽⁷⁾

Tras esa constatación, nos interesa estudiar aquí al proceso laboral en un marco legislativo *intervencionista y reglamentarista* frente al fenómeno sindical –que es el que en señalados aspectos todavía mantiene la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT)⁽⁸⁾– lo que nos llevará a comprender porqué es importante la eficacia del proceso laboral en nuestro ordenamiento, como mecanismo tutelar de cierre de nuestro Derecho Colectivo del Trabajo.

-
- (4) Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo”. En: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 275. La doctrina informa cómo previamente a que se consolide la libertad sindical la huída de la jurisdicción era pretendida por las propias organizaciones de trabajadores. Esto se explica en la perspectiva estatal de entonces con respecto al fenómeno sindical, por lo que se tenía que “por una desconfianza algo apriorística para con el donante, el sindicato preferirá quedarse huérfano de tutela jurisdiccional”. ROMAGNOLI, Umberto. *El Derecho, el trabajo y la historia*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, p. 78.
- (5) En sentido análogo, Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Décima edición. Barcelona: Ariel Derecho, 1987. pp. 809-810.
- (6) Cfr. Suárez González, Fernando. *Los conflictos laborales y su solución*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, p. 101-103.
- (7) Cfr. Gorelli Hernández, Juan. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1995. p. 105-107.
- (8) Estos rasgos intervencionistas y reglamentaristas existieron desde la formulación original de la Ley 25593 (3 de julio de 1992), lo que tempranamente se evidenció en la doctrina nacional. Ver por todos: Boza Pró, Guillermo *et al.* *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S. A., 1994. Pese a las modificaciones operadas luego del régimen fujimorista, en los años del retorno de la democracia política, varios aspectos de esa visión restrictiva de las relaciones colectivas han permanecido invariables hasta la fecha.

II. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS COMPORTAMIENTOS ANTISINDICALES EN EL SISTEMA PERUANO

La libertad sindical, un derecho de contenido complejo, tiene el rango de derecho fundamental en nuestro ordenamiento, asentándose en el artículo 28 de la Constitución; e igualmente está consagrada en importantes instrumentos internacionales (Convenios 87 y 98 de la OIT, fundamentalmente). En ese sentido, y desde una perspectiva formal, podría decirse que la plena eficacia de ese derecho radica en la *preceptividad directa* que tiene la norma constitucional sobre las relaciones privadas, a las que vincula ineludiblemente, así como también vincula al legislador en el desarrollo infraconstitucional de ese derecho.⁽⁹⁾ Sin embargo, en la actualidad, la problemática de este derecho no está tanto en su reconocimiento, como sí lo está en el tema de los mecanismos de garantía de ese derecho, pues es sabido que el índice de aplicación de las normas laborales que enuncian derechos colectivos es menor que el de las de las otras ramas del ordenamiento jurídico.⁽¹⁰⁾ Entonces, el centro del debate actual está en las vías procesales y mecanismos que otorgan a ese derecho fundamental un sentido de *eficacia* en el plano fenomenológico, por el cual sus diversas manifestaciones pueden ser realmente gozadas por sus titulares, aspecto en el cual el papel del proceso jurisdiccional (en coordinación con otros instrumentos del sistema, como la inspección del trabajo) es relevante para lograr la remoción del incumplimiento empresarial en materia de libertad sindical.⁽¹¹⁾

Sin embargo la evolución experimentada por el proceso jurisdiccional en general y del proceso laboral en particular han llevado a que su conformación actual se vea influenciada en forma definitiva por dos factores: la socialización del proceso,⁽¹²⁾ en primer lugar y, en segundo término, la constitucionalización de los derechos

(9) Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. *La Constitución y el Derecho Laboral*. En: Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho Laboral. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1995. p. 117-118. El autor se refiere a que la *eficacia* de la constitucionalización tiene, entre otros efectos, el permitir que ese derecho recogido en la Constitución pueda utilizar las garantías correspondientes a los derechos constitucionales.

(10) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Protección de la libertad sindical". *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007. p. 61. Quizá al analizar los derechos que componen a la libertad sindical en sentido genérico, deba prestarse mayor atención a la *negociación colectiva* como un problema central al hablar de la ineffectividad de la normativa laboral en Latinoamérica. Así se pronuncia Jeammaud, Antoine. "Legislación y realidad de la negociación". *La negociación colectiva en América Latina*. (Editores: Antonio Ojeda y Óscar Ermida). Trotta, Madrid, 1993. p. 16.

(11) Cfr. Ciudad Reynaud, Adolfo. "Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina". En: *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. SPDTSS - Grijley, Lima, 2008, pp. 554-555.

(12) "Existiendo situaciones de derecho sustancial y posiciones sociales justificantes de distintos tratamientos, la diferenciación de procedimientos está de acuerdo con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Marinoni, Luiz. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 234. Sobre este tema también puede verse: RADBRUTCH, Gustav. "El Derecho Social". En: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción por Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, pp. 160-163.

sustanciales y del propio proceso.⁽¹³⁾ Como consecuencia de ello, en los tiempos que corren es indudable que el proceso laboral constituye idealmente un instrumento importante para la tutela de los distintos contenidos del derecho de libertad sindical.

Conviene recordar que en este trabajo nos ocupa aquel *comportamiento antisindical* que tiene al empleador como sujeto activo de la conducta activa o pasiva que atente contra un derecho subjetivo, de carácter colectivo, de uno o más individuos –afiliados o no– a una organización sindical, cuyo motivo sea la actividad sindical del sujeto agraviado; o bien que afecte derechos e intereses tutelables del propio sindicato. Tales hechos se entienden proscritos del ordenamiento por lesionar el ejercicio de este derecho humano laboral, por lo cual, desde la perspectiva de la protección del derecho de libertad sindical, el proceso laboral es un mecanismo *positivo* que implementa “medidas frente al empleador, principalmente, dirigidas a garantizar la efectividad del derecho por medio del establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio”.⁽¹⁴⁾

Además, la existencia de un mecanismo positivo que permita la impugnación de las variadas formas de comportamientos antisindicales es preocupación del artículo 1.1 del Convenio 98 OIT, que establece la necesidad de que los trabajadores cuenten con una *adecuada protección* contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar su libertad sindical. En ese tema adquiere relevancia la defensa procesal que pueda ejercer el sindicato, respecto de sus propios derechos e intereses, los de sus dirigentes y afiliados. Esto también sería *acción sindical*, un aspecto dinámico del derecho de libertad sindical, protegido entonces bajo el amparo de ese derecho complejo. Bajo esa premisa, la intervención procesal del sindicato no solamente constituye una actividad lícita, dado el papel que la Constitución reconoce a los sindicatos, sino que es una premisa necesaria para la concreción de un sistema de relaciones laborales democrático y acorde con un modelo de Estado Social,⁽¹⁵⁾ cuestión que aparece implícita en la jurisprudencia constitucional al entenderse que la libertad sindical tiene entre sus manifestaciones un “derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes les asignen, *en defensa de los intereses de sus afiliados*”⁽¹⁶⁾.

Como derecho de doble titularidad (individual y colectiva), resulta importante señalar que la libertad sindical puede hacerse valer en el proceso también por sus titulares individuales o colectivos. Así, en los aspectos individuales, pueden ser los propios trabajadores –o la representación que de ellos pueda hacer un sindicato– quienes activen al mecanismo jurisdiccional mediante juicios individuales; mientras

(13) Al respecto, la doctrina señala la existencia de un deber constitucional de promover la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que vincula a las facultades ejecutiva, legislativa y judicial. Cfr. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 180.

(14) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Protección de la (...)”. Ob. cit., p. 62.

(15) En ese sentido: CRUZ VILLALÓN, Jesús. “La intervención (...)”. Ob. cit., pp. 273-274.

(16) Cursiva añadida. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 008-2005-PI/TC (12 de agosto de 2005), fundamento 26.

que, en otros supuestos, la intervención sindical en el proceso laboral se producirá por su propio interés. Al referirse al segundo supuesto, la doctrina sostiene que la defensa del derecho fundamental a la libertad sindical en el proceso requiere que el ordenamiento acepte la legitimidad de la intervención del sindicato, lo que permitiría la libre realización de una de las actividades que le son propias como *organización de defensa de los intereses de los trabajadores*⁽¹⁷⁾.

En cuanto al régimen de comparecencia al proceso laboral, los incisos 2 y 3 del artículo 8 LPT contemplan unas pocas disposiciones que establecen la legitimidad del sindicato para interponer demandas judiciales por causa propia, en defensa de los derechos colectivos de su ámbito o en defensa de sus dirigentes y *afiliados* (sin que puedan subrogarse en la posición de estos para efectuar el pago de derechos económicos). En el caso de la representación procesal de los afiliados al sindicato, no se exige la presentación de un poder especial, pero se impone el deber de identificar individualmente en la demanda –o contestación, si fuera el caso– a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. Esta facilidad resulta consecuente con el rompimiento querido por el legislador con los formalismos del sistema escrito, siendo carga del empleador el poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta, sin que el incumplimiento de ello afecte el desenvolvimiento del proceso.

El régimen descrito aporta una sustancial mejora que el contemplado por la Ley 26636, que imponía para estas situaciones que el trabajador sindicalizado constituyese un poder por acta o escritura pública para que el sindicato interviniese válidamente en su representación, convalidándose ese criterio por la jurisprudencia mayoritaria.⁽¹⁸⁾ Con las nuevas disposiciones de intervención del sindicato incluso se pueden fortalecer sus funciones, previéndose lo que en doctrina se ha calificado como *sindicalización de las acciones individuales*,⁽¹⁹⁾ que a su vez permitiría que “la organización sindical pueda actuar como un policía del trabajo”⁽²⁰⁾ capaz de incoar un proceso laboral para que el empleador cumpla con la norma laboral y cese el acto antisindical en contra de uno o varios de sus afiliados.

El Juez de trabajo deberá establecer con claridad cuándo una demanda promovida por el sindicato comprende un interés propio de la organización y cuándo solamente existe interés de los no sindicalizados, pues ambos supuestos pueden coexistir. Así, en un caso donde pese sobre un grupo de trabajadores la amenaza de la represalia empresarial en caso decidan afiliarse al sindicato, la organización de trabajadores podría actuar procesalmente sin que medie la autorización

(17) Cfr. ORTIZ LALLANA, María del Carmen. *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pp. 52-53.

(18) Por todas: la resolución judicial de la Primera Sala Laboral de Lima, de fecha 10 de junio de 2005, recaída en el expediente 577-05-A-PU.

(19) Palomeque López. Ob. cit., p. 290.

(20) ULLOA MILLARES, Daniel. “La capacidad (y legitimidad) procesal laboral de las organizaciones sindicales”. En: *Derecho & Sociedad* año XVI, número 25, 2005. p. 205, Lima.

de los no sindicalizados para reclamar el cese de la amenaza.⁽²¹⁾ Este es un supuesto problemático pues seguramente no serán pocos los casos donde el trabajador no afiliado quiera desistirse del proceso incoado por el Sindicato, ante lo cual la jurisprudencia deberá mantener un control adecuado para evitar convalidar *microrenuncias* de derechos⁽²²⁾.

Asimismo, la LPT introduce una poderosa herramienta para la impugnación de los actos antisindicales que buscan evitar la conformación del ente que representará a los trabajadores. El artículo 9.2 LPT extiende ampliamente la legitimación especial para demandar el cese del comportamiento antisindical, alcanzando esta a cualquier trabajador o grupo de trabajadores, pudiendo evidentemente incluirse en esos grupos al *sindicato no registrado*, en tanto completa los requisitos para el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Finalmente, es importante reflexionar sobre el tema de la igualdad de las partes en el proceso laboral cuando una de ellas es, precisamente, un sindicato. Según informa Umberto Romagnoli, inicialmente el formalismo judicial entendió que la intervención del sindicato en el proceso judicial resultaba inadmisibile, ya que ello quebraría el estado de igualdad de los litigantes en detrimento del empleador demandado.⁽²³⁾ Aunque es evidente que esa perspectiva no es la actual, es relevante determinar si los tradicionales *mecanismos compensadores* que caracterizan al proceso laboral merecen cierta matización cuando el sindicato es el accionante, lo que, por ejemplo, podría traer como consecuencia que la intervención del Juez de trabajo se reduzca.

Como es sabido, los mecanismos compensadores permiten a la parte débil acceder a la justicia y luego ver atendida su posición de minoridad para evitar que su pretensión procesal se vea frustrada. Son, por lo tanto, mecanismos a favor del proceso (*pro actione*) y no privilegios procesales, aunque hay que reconocer que al ser el trabajador (o un grupo de ellos) los demandantes típicos frente al incumplimiento empresarial, esos mecanismos pueden adquirir cierto matiz a favor del trabajador.⁽²⁴⁾ Si se rechazase siempre a los mecanismos de *igualdad por compensación* solo por el hecho de que el demandante sea un colectivo de trabajadores, podría condenarse tal actuación procesal al fracaso, pues todavía se mantendría la asimetría de información a favor del empleador y, quizá, los plazos procesales se

(21) En tales casos deberá tenerse en cuenta las distintas consecuencias de que el sindicato que ejerza la representación sin autorización del trabajador individual sea mayoritario o limitado. Un criterio al respecto puede revisarse en ULLOA MILLARES, Daniel. Ob. cit., pp. 201-208.

(22) Hay una potencialidad muy interesante en el régimen de la LPT sobre comparecencia del sindicato y de los trabajadores individuales en las causas de defensa de la libertad sindical: evita que las disputas de titularidad de la acción entre ambos sujetos se trasladen a la jurisdicción, pudiendo ventilarse esa discusión en las instancias internas del sindicato.

(23) Citado por BAYLOS GRAU, Antonio. "La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva". En: *Derecho Privado y Constitución*. Número 4 (set-dic), Madrid, 1994, p. 109.

(24) Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. "Acceso a la justicia y proceso de trabajo". En: *Relaciones Laborales*. Año 2004, número II, Madrid, pp. 35.

verían prolongados tendenciosamente por él. Por eso, en los casos donde interviniese procesalmente el sindicato, el Juez de trabajo debería determinar si la organización cuenta con los medios suficientes para afrontar el proceso en términos de igualdad. De no tenerlos, serían aplicables los mecanismos procesales de compensación. No por tratarse de un sindicato necesariamente desaparecerán o se reforzarán los mecanismos procesales de compensación: habrá que atender a cada caso concreto.

III. LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LA NUEVA LPT ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Existen algunos elementos relevantes en la Constitución peruana que permiten pensar en la necesaria eficacia de las vías procesales de protección de la libertad sindical. Al declarar el reconocimiento que el Estado peruano hace de los derechos de libertad sindical, el inciso 1 del artículo 28 señala que ellos deben ser *garantizados*; y también compromete al legislador a otorgar mecanismos de solución de los conflictos laborales (inciso 2 del artículo 28). Ambas normas son fundamentales para la construcción de un sistema eficaz de protección de la libertad sindical en ámbito jurisdiccional, pues entre los mecanismos de garantía necesarios la vía jurisdiccional resulta ser particularmente adecuada para dirimir ciertos conflictos, trasladándose al plano procesal el papel relevante del sindicato como representante de los trabajadores. Asimismo, las normas constitucionales precitadas plantean la idea de que no todos los conflictos se deben solucionar mediante la intervención del Juez, sino que es posible que se arbitren soluciones autocompositivas.

La primera cuestión que se desprende de lo dicho se refiere a la implementación de mecanismos de solución de conflictos alternativos a la jurisdicción, lo que puede ser una vía alternativa a la del proceso ineficaz, pero que es también una forma no contradictoria de resolver las controversias laborales, revestida de la esencia de la *jurisdicción* (en sentido amplio)⁽²⁵⁾.

Nuestra atención se centrará en otro tema: la regulación de un cauce procesal idóneo para la protección efectiva de la libertad sindical. Una entrada constitucional del tema nos debe remitir a considerar que la *tutela jurisdiccional efectiva* –contenida en el artículo 139.3 de la Constitución–, obliga al legislador a hacer del proceso una herramienta donde “el derecho que tiene todo sujeto de derechos de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que debe tener vigencia en el ámbito de la realidad”.⁽²⁶⁾

(25) Cfr. GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Traducción de José Luis Monereo y José Fernández. Granada: Editorial Comares S. L., 2004. p. 125.

(26) PRIORI POSADA, Giovanni. “El proceso en el Estado Constitucional”. *Constitución y proceso*. PUCP y ARA editores, Lima, 2009. pp. 350-351.

Este objetivo constitucional puede ser satisfecho por el legislador mediante varios modelos posibles: (1) Que en el sistema procesal se regulen disposiciones específicas aplicables a un proceso genérico, para otorgar tutela preferente a ese derecho fundamental tal como existe en España –“tutela de los derechos de libertad sindical” (artículos 175-182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, Ley de Procedimiento Laboral)–;⁽²⁷⁾ (2) que una ley procesal laboral contemple una modalidad específica de protección de la libertad sindical con un diseño particular; o (3) podría ocurrir, como ha sido el caso del Perú durante la vigencia de la Ley 26636, que la jurisdicción constitucional constituya el cauce específico de protección de la libertad sindical, al no garantizar la vía ordinaria una tutela adecuada de la libertad sindical.⁽²⁸⁾

Recientemente, en una intervención provocadora, el profesor Wilfredo Sanguinetti⁽²⁹⁾ ha vuelto a plantear la conveniencia de que el legislador en nuestro país regule un procedimiento laboral específico y preferente para la tutela de la libertad sindical. Este postulado nos parece interesante porque importa una especial consideración por la libertad sindical como derecho fundamental, y parte de una premisa conciente de la perspectiva histórica del asunto: “para que el sindicato consolide y normalice su condición de sujeto procesal, es necesario que la ley instituya un proceso laboral específico”.⁽³⁰⁾

Cabe preguntarse cuál sería el impacto que la recepción de estas ideas podría tener en el sistema procesal laboral peruano. En la actualidad, el sistema procesal contempla tres vías para la protección de la libertad sindical que lamentablemente no han podido desplegar un nivel de eficacia del todo aceptable:⁽³¹⁾ (1) el *proceso de nulidad de despido*, que en general ha sido un proceso largo, en el cual las medidas cautelares han tenido una vigencia reducida; (2) el *fuero sindical*, cuyo ámbito de protección objetivo y subjetivo es limitado (ciertos actos antisindicales y solo dirigentes sindicales); y (3) el *proceso constitucional de amparo*, que cuando ha llegado a ser la vía más garantista en la protección de la libertad sindical cuando las controversias han sido de conocimiento del propio Tribunal Constitucional, pues dicho órgano ha mantenido una perspectiva tutelar basada en una interpretación amplia de la Constitución, lo que ha sido destacado en la doctrina nacional al calificarse de “*recomposición desde las bases constitucionales del ordenamien-*

(27) Sin embargo en la doctrina española se discute si las garantías de los procedimientos preferentes pueden utilizarse también en las vías ordinarias. En ese sentido: Ojeda Avilés, Antonio. *Derecho sindical*. Octava edición. Tecnos, Madrid, 2003. pp. 278-279.

(28) Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo. “La protección constitucional de la libertad sindical”. *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. SPDTSS - Grijley, Lima, 2008. p. 358.

(29) Intervención de Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Seminario Internacional de Derecho Procesal Laboral. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 14 de Junio de 2010. Esta intervención coincide con planteamientos que la doctrina nacional mantiene, como puede verse en Boza Pró. Ob. cit. p. 360; e igualmente en Villavicencio Ríos, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Plades, Lima, 2010. p. 177.

(30) ORTIZ LALLANA. Ob. cit., p. 24.

(31) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS. “La libertad sindical (...)”. Ob. cit., pp. 175-186.

to laboral”.⁽³²⁾ Sin embargo, existen dos grandes defectos que hacen del proceso constitucional una vía procesal insuficiente para brindar tutela jurisdiccional efectiva cuando se impugne un acto antisindical. Desde el punto de vista de la oportunidad, esa instancia garantista recién podría obtenerse en la *última instancia* de los procesos de amparo, lo cual no garantiza la indemnidad de ese derecho⁽³³⁾. Asimismo, la inexistencia de una etapa probatoria propia resta su ámbito de protección, pues las lesiones a la libertad sindical podrían ser de difícil percepción para el Juez, pues muchas veces podrían consistir en el ejercicio *desviado* de las facultades legales del empleador, utilizadas aparentemente de forma técnica, pero de mala fe.⁽³⁴⁾

También cabe reseñar dentro del sistema de garantías de la libertad sindical a los que se desarrollan en la vía administrativa. De esos casos llegan a la jurisdicción principalmente los relacionados a incumplimientos del contenido normativo-salarial de convenios colectivos.⁽³⁵⁾ Asimismo, destaca la importancia de la inspección laboral, que “puede actuar como un mecanismo de protección eficiente que permita al Estado garantizar la libertad sindical, mediante la prevención, la disuasión y las sanciones que puedan establecerse”.⁽³⁶⁾

Dentro de ese sistema, una modalidad especial de protección de la libertad sindical en el proceso laboral podría constituirse como una *vía idónea* para la reclamación contra los actos que afecten a la libertad sindical, resultando adecuada, o si se quiere –en términos del TC– *igualmente satisfactoria* que la ofrecida por la jurisdicción constitucional. De hecho, la razón presumible por la cual el legislador no reguló una modalidad procesal especial fue la de evitar que el TC se inhiba de conocer las diversas reclamaciones que los sindicatos entablen, habida cuenta de que la vía judicial especial hubiera permitido la misma protección que la que ofrece el amparo en la defensa de ese derecho constitucional (excepcionalidad por *subsidiaridad* del amparo).⁽³⁷⁾

(32) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S. A., 2007. p. 41. En sentido coincidente, consúltase el estudio de los profesores Toyama, Ugaz y Vinatea. *Los convenios colectivos en el Perú*. Gaceta Jurídica S. A., Lima, 2009, pp. 13-14.

(33) En efecto, pese a que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de noviembre de 2005, recaída en el expediente 0206-2005-PA/TC estableció en su fundamento 14 que el carácter residual o excepcional del amparo no es aplicable a las impugnaciones de la libertad sindical, hay que concordar con la crítica que hace la doctrina al sistema del amparo en el Perú, donde a los jueces del poder judicial les corresponde el primer nivel de protección (Vide CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El amparo residual en el Perú. Una cuestión de ser o no ser”. En: *Justicia constitucional*. Número 2, Lima, 2005, pp. 91-92), a pesar de que muchos de ellos carecen de una adecuada formación constitucional (vid. PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentario al pleno jurisdiccional en torno a la procedencia de las medidas cautelares en el proceso laboral”. En: *Revista de análisis especializado de jurisprudencia*. Lima, agosto de 2008, pp. 54-56).

(34) Cfr. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales*. Segunda edición. Legal Publishing. Santiago, p. 14.

(35) Lo que es consecuencia directa de que a la fecha usualmente las reivindicaciones sindicales tienen que ver con temas salariales, según se advierte de las estadísticas oficiales del MTPE, que recogemos a través de un estudio reciente. Vid. Toyama *et al.* Ob. cit., p. 30.

(36) BOZA PRÓ, Guillermo y MENDOZA LEGOAS, Luis. “La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú”. En: *Laborem*. Número 10. Lima, 2010. pp.331.

(37) CASTILLO CÓRDOVA. Ob. cit., p. 64.

Entonces, el legislador optó por hacer uso del proceso abreviado laboral (artículo 49 LPT), estableciendo plazos procesales recortados para las actuaciones procesales, reuniéndose las etapas de concentración y juzgamiento en una sola: la *audiencia única*, a partir de lo cual podría otorgarse un plazo de treinta días para que el demandante gestione el informe pericial que resulte necesario. Dentro de ese modelo legislativo la protección adecuada a la libertad sindical compromete a los Jueces de trabajo a aplicar directamente la Constitución para proteger ese derecho fundamental incluso en supuestos donde la legislación ofrece grados de protección que desdibujan el contenido de la Norma Fundamental.⁽³⁸⁾ Como veremos a continuación, esta perspectiva de la vigencia de la Constitución en los procesos laborales resulta de la mayor importancia para que el diseño legislativo de la protección jurisdiccional de la libertad sindical sea realmente eficaz, pues será necesario que incluso un proceso abreviado como el de la LPT permita al demandante solicitar las medidas cautelares que convengan a su interés, para que sea realmente posible que se remuevan los comportamientos antisindicales, evitándose que los efectos de esas lesiones hagan inútil la impugnación subsecuente.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Si la Constitución protege al trípode de derechos de libertad sindical (artículo 28); si la LRCT y su reglamento desarrollan esos derechos, enunciando su contenido y a la vez diseña las líneas generales de los procedimientos administrativos en los que ellos cobran vida; y si el sistema jurídico contempla que el MTPE –en ejercicio de su actividad regulatoria– emita diversos actos administrativos que autoricen o denieguen las diversos permisos solicitados por los sindicatos; entonces será cierto que el ordenamiento laboral habrá cumplido con el cometido de la protección de la libertad sindical desde la perspectiva de su *exigibilidad*.

Sin embargo, como ya hemos dejado sentado, los problemas más acuciantes en materia de libertad sindical se encuentran en la *eficacia* de sus preceptos normativos y la de sus mecanismos de garantía. Una rápida verificación de nuestra realidad arroja que el ejercicio del derecho de huelga por parte del sindicato es comúnmente denegado por la Autoridad Administrativa,⁽³⁹⁾ mientras que la negociación colectiva recién en nuestros días pareciera exhibir una leve e insuficiente mejoría.⁽⁴⁰⁾ En específico, y en lo que respecta a la tutela brindada por el poder público,

(38) Es importante destacar que en previsión de esa problemática, el artículo IV del título preliminar de la LPT establece el deber de los Jueces de aplicar la Constitución al impartir justicia, así como la observancia de los precedentes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

(39) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y Sara Esteban Delgado. “La conflictividad laboral y social peruana en los dorados años del crecimiento económico”. En: *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*. Número 4-5, 2009, pp. 418-427.

(40) En nuestro medio existen estudios que demuestran cómo las materias de la negociación colectiva vienen ampliándose a aspectos no solamente salariales (en ese sentido, consultar en: Toyama *et al.* Ob. cit., pp. 23-27).

la tardía e insuficiente respuesta del legislador a este problema ha sido la dación de la LGIT y su Reglamento, normas que establecen muchas de las consecuencias jurídicas aplicables a los actos antisindicales. Aún así, el procedimiento de inspección laboral no puede, por sí mismo, restituir a los trabajadores el goce de todos sus derechos colectivos o garantizar su indemnidad,⁽⁴¹⁾ a lo que habría que añadir las dificultades para su coercibilidad sobre el empresario que persiste en el incumplimiento de la normativa en materia sindical. Todo ello evidencia la necesidad de que el valor *eficacia real* se alcance en sede jurisdiccional, pues el riesgo es que los actos antisindicales se consumen mientras el proceso continúa desarrollando cada una de sus etapas procesales.

Al día de hoy, las medidas cautelares han tenido un desarrollo todavía limitado el proceso laboral peruano. Ello es atribuible al régimen cautelar restrictivo que ha mantenido la Ley 26636, donde se regularon solamente tres medidas cautelares laborales, que en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 96 de ese cuerpo normativo, resultaban ser las únicas procedentes en el proceso laboral. Ello contravenía claramente al artículo 139.6 de la Constitución, al restringir injustificadamente el ejercicio, por parte de trabajadores litigantes, del derecho fundamental a la tutela cautelar, que es contenido en el genérico derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.⁽⁴²⁾ La nueva regulación, en cambio, establece un régimen amplio de medidas cautelares (artículos 54 y 55 LPT). Nos enfocaremos ahora en el análisis la tutela cautelar como instrumento para la protección procesal de la libertad sindical, lo que desde nuestro punto de vista constituye la reforma más importante en el nuevo ordenamiento procesal laboral.

La técnica de la oralidad instaurada en la LPT por el legislador favorece decisivamente a la sencillez, concentración y la inmediatez, todo lo cual ha sido calificado como un “avance fenomenal en la búsqueda de la celeridad”.⁽⁴³⁾ Hay en ello, sin embargo, cierto peligro de que ese diseño celere relativice la importancia de las medidas cautelares laborales, pues –como advierte Blasco Pellicer– “si la necesidad de tiempo para el desarrollo del proceso se reduce, cuantitativa y cualitativamente el aseguramiento cautelar es menos necesario”.⁽⁴⁴⁾ Este planteamiento lógico,

(41) Por ejemplo, es común que lo comprobado en por el inspector sea relativizado por el Juez cuando la controversia se judicializa, lo que muestra una falta de coherencia muy grave en el sistema procesal laboral peruano. Esto solamente muestra la falta de articulación de las distintas herramientas del sistema procesal laboral peruano.

(42) Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, Lima, 2006, pp. 31-35 y 174-175. En sentido similar se pronuncia Vidal Salazar, Michael. “La tutela cautelar en el proceso laboral peruano”. En *Proceso & Justicia*. Número 2, Lima. p. 96. Para este autor, el problema de constitucionalidad del artículo 96 de la Ley 26636 se podía solucionar mediante la aplicación de los principios hermenéuticos de fuerza normativa de la Constitución y de interpretación conforme a la Constitución.

(43) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “La celeridad procesal: ¿un desideratum, una entelequia?”. En: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis. De iure - AIADTSS, Lima, 2009, p. 286.

(44) BLASCO PELLICER, Ángel. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Consejo Económico y Social: Madrid, 1996. p. 17.

sin embargo, debe contrastarse con un dato de la realidad: los plazos breves de la norma procesal pueden verse fácilmente desvirtuados por el tiempo real que conviertan en ineficaz al proceso laboral.⁽⁴⁵⁾ Entonces, por más célere que sea el diseño legislativo del proceso laboral, no hay garantía de que, efectivamente, el derecho que se pretende hacer valer se resuelva en un tiempo lo suficientemente corto como para evitar que el peligro inminente que lo amenaza se torne en un daño consumado, que en algunos casos podría incluso llegar a ser *irreversible*. Es en ese punto en el que destaca nítidamente la funcionalidad de las medidas cautelares laborales para cerrar el círculo protector de los derechos laborales.⁽⁴⁶⁾

La primera cuestión al aproximarnos a la tutela cautelar dentro de la LPT es el sentido que esa regulación específica tiene para el logro de los objetivos de la reforma efectuada. Conceptualmente, las medidas cautelares brindan una solución al problema del trascurso del tiempo del proceso, otorgando una tutela conservativa (como ocurre cuando se ordena el embargo del patrimonio del deudor) o anticipativa (medidas innovativas, prohibiciones de innovar), como lo entiende la doctrina contemporánea.⁽⁴⁷⁾ Al hablar de *medidas cautelares laborales*, nos venimos refiriendo a cualquiera de las medidas cautelares contempladas en el ordenamiento que pueden hacerse valer en un proceso laboral, según lo dispone el artículo 54 LPT. Es decir, no solamente comprendemos a las especificadas en la norma especial –de reposición provisional (artículo 55) y asignación provisional (artículo 56) –, sino también a las que pueden aplicarse desde cualquier norma procesal, como ocurre claramente con las contempladas en el Código Procesal Civil (en adelante CPC), cuya aplicación es posible en virtud de una curiosa *triple remisión* existente entre esta norma y la LPT,⁽⁴⁸⁾ que en todo caso, no pareciera inoportuna, dada su finalidad pedagógica dirigida a los Jueces de trabajo.

Lo recientemente dicho resalta la importancia del presupuesto fundamental de la teoría cautelar: *el peligro a la demora*.⁽⁴⁹⁾ Por este requisito, se buscará que el Juez de trabajo otorgue –a solicitud del interesado– las medidas cautelares que conjuren aquellos actos antisindicales cuyos efectos podrían lesionar ese derecho fundamental antes de que se emita un pronunciamiento definitivo. Como la libertad sindical es un derecho de contenido complejo y su ejercicio implica tanto aspectos orgánicos (las diversas actividades realizadas para la constitución del organismo

(45) Cfr. BAZ TEJEDOR, José Antonio. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*. Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 249.

(46) BLASCO PELLICER. Ob. cit., p. 18.

(47) Vid. MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad, Lima, 2002. pp. 209-221.

(48) Esta triple remisión está expresada en la primera disposición complementaria y final del CPC, la primera disposición complementaria LPT y el artículo 54 (segundo y tercer párrafos) LPT. Cabe recordar que, de acuerdo con la doctrina, la remisión es una técnica legislativa de uso común entre las normas procesales (cfr. PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. ARA Editores, Lima, 1997. p. 117).

(49) El propio Calamandrei sostuvo que el *periculum in mora* era la “condición típica y distintiva de las providencias cautelares”, según recuerda Monroy Palacios, Juan José. Ob. cit., p. 175.

sindical, por ejemplo) como dinámicos (la negociación colectiva y la huelga), se requiere de un régimen amplio de medidas cautelares laborales que permitan la realización de la tutela jurisdiccional efectiva cuando el sindicato o el trabajador impugne el comportamiento antisindical del empleador. El legislador, consciente de la existencia de sujetos especialmente protegidos por el artículo 23 de la Constitución, ha establecido en el artículo 55 LPT presunciones de actos antisindicales que eximen de la prueba del peligro en la demora a las solicitudes cautelares. Ello ocurrirá cuando se trate de despidos de dirigentes sindicales (inciso a) y cuando los despedidos sean trabajadores que se encuentren gestionando el proceso de constitución de un sindicato (inciso b).⁽⁵⁰⁾

Pero, no sería justo ni eficiente para el sistema que por el solo hecho de que el trabajador o sindicato aleguen que *su* libertad sindical se encuentra amenazada por un comportamiento antisindical del empleador, el Juez dicte una medida cautelar. Para ello, deberá verificarse un segundo requisito: que exista verosimilitud de que la pretensión principal resultará fundada cuando se dicte la sentencia definitiva (lo que la doctrina ha denominado *fumus boni iuris*).

En todos los casos el requisito del *fumus boni iuris* sí deberá acreditarse lo suficientemente como para que el Juez de trabajo emita un juicio de probabilidad (y no *plena convicción*). Para ello, deberá moderarse el grado de demostración de la situación jurídica que sustenta la solicitud cautelar, lo que complementa al principio de debilitamiento de la carga probatoria de los trabajadores en el proceso laboral.⁽⁵¹⁾ De esa manera tanto los supuestos exonerados de acreditar el peligro en la demora, como los ordinarios, deberán satisfacer este segundo requisito. Entre los casos ordinarios se encontrarán: aquellos donde el trabajador despedido por su actividad sindical no ostente la calidad de dirigente; otros casos donde el comportamiento antisindical impugnado consista en otro tipo de sanción-represalia por la actividad sindical (piénsese, por ejemplo, en las amonestaciones, suspensiones, etcétera); o incluso habrán otros casos donde lo que se impugne no sea una medida disciplinaria, sino que se busque que se emita una providencia cautelar que ordene al empresario a realizar prestaciones distintas, de carácter positivo, fundadas en obligaciones de hacer en beneficio del sindicato.

Adicionalmente, como quiera que el sistema jurídico busca equilibrar los intereses de los sujetos en litigio, cada medida cautelar adoptada por la judicatura

(50) Este privilegio procesal no solamente beneficiaría a aquellas organizaciones que se encuentren siguiendo el procedimiento número 18 del TUPA del MTPE, sobre la *inscripción en el registro de sindicatos*, sino que podría alcanzar a la futura organización, desde que exista un *acta de constitución del sindicato* de fecha cierta. En ese sentido la doctrina recuerda que la protección de todas las formas de actividad sindical supone que “habría que concluir que tanto el grupo profesional no estructurado, el grupo profesional en curso de organización y el sindicato, como otras manifestaciones formales del grupo, y aún el trabajador individual, son o deberían ser sujetos protegidos”. ERMIDA URIARTE, Óscar. “La protección (...)”. Ob. cit., p. 309.

(51) Cfr. BAZ TEJEDOR. Ob. cit., p. 256.

deberá dictarse en respeto del tercer requisito: la *adecuación*, que se desprende de un principio que en doctrina se denomina “de mínima injerencia” o “de menor onerosidad”,⁽⁵²⁾ por el cual se aplica en cada caso un examen de congruencia (correspondencia entre la pretensión principal y la pretensión cautelar) y proporcionalidad (comparación de las distintas medidas cautelares aplicables y elección de la que cause el menor daño al demandado).

Entonces, una vez elegida la medida cautelar aplicable, el Juez del trabajo dictaría la medida cautelar, pudiendo exigirse que se constituya una *caución* o *contracautela* (que en rigor no es un requisito para la procedencia de la medida cautelar, sino para su ejecución) destinada a asegurar un eventual resarcimiento si la medida cautelar no fuera confirmada en la sentencia⁽⁵³⁾. Por lo demás, el artículo 613 CPC permite que el Juez de trabajo estime la graduación o incluso exoneración de este requisito, lo que bien podría ocurrir si quien solicita la medida es un trabajador con escasos recursos económicos o si se tratase de un sindicato en formación carente de un patrimonio importante.

Entonces, la tutela de la libertad sindical hace indispensable que el Juez de trabajo pueda suspender el acto antisindical para evitar que sus efectos se consoliden, sin que sea necesario esperar que la controversia quede resuelta por un pronunciamiento firme.⁽⁵⁴⁾ Pero junto a ellas, además, son necesarias otras medidas de carácter preventivo que, mediante la imposición de conductas positivas, alteren la relación material para preservar la eficacia del proceso,⁽⁵⁵⁾ lo que permitirá conjurar la amplia caracterización existente entre los actos antisindicales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.⁽⁵⁶⁾ Por ello es destacable que el artículo 54 LPT permita que se dicten todo tipo de medidas cautelares (típicas o genéricas) y

(52) MARÍN CORREA, José María. “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas precautorias y la ejecución provisional de sentencias en la Ley de Procedimiento Laboral”. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número 28. MTAS, Madrid, 2001. p. 146.

(53) Sin perjuicio de lo dicho, coincidimos con lo expuesto por autores contemporáneos que consideran que la contracautela no debería estar ligada a una perspectiva indemnizatoria, sino a un sistema de prevención de las solicitudes cautelares temerarias. Vid. RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles. Un análisis jurídico-económico*. Bosch Editores, Barcelona, 2006, pp. 42-46. Tal planteamiento calza con la premisa de que en los procesos laborales no siempre la contracautela no siempre es exigida en forma íntegra.

(54) Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. “La protección contra los actos antisindicales”. En: *Derecho Laboral*. Número 146, Montevideo, 1997, pp. 332-333. Nótese que el maestro uruguayo coloca en primer lugar al carácter cautelar de la suspensión de la medida lesiva como requisito de eficacia de la protección, antes de otros mecanismos como la distribución de la carga de la prueba o que la celeridad del proceso. Al ser la mayoría de prácticas antisindicales impugnadas cuando ya están consumadas, suele destacarse la importancia de las medidas cautelares que efectivamente suspenden y reparan tales lesiones. Vid. ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. Segunda edición. ARA Editores, Lima, 2006, pp. 274-275; y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La libertad sindical (...)”. Ob. cit., p. 181.

(55) Cfr. MONROY PALACIOS. Ob. cit., p. 216.

(56) Nos referimos especialmente a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de julio de 2004, recaída en el expediente 1469-2002-AA/TC, donde se afirmó que “cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resulta vulneratorio de la libertad sindical”.

medidas cautelares previas a la interposición del proceso (*medidas fuera de proceso*) que podrían servir en la defensa de la libertad sindical cuando los derechos que la comprenden no podrían soportar el paso del tiempo necesario para que el interesado siquiera pueda redactar e interponer una demanda judicial,⁽⁵⁷⁾ lo que también requeriría que del análisis inicial del caso el Juez de trabajo desprenda la presencia del *fumus boni iuris*. A continuación ejemplificamos en forma sintética cómo diversos comportamientos antisindicales pueden ser conjurados mediante las distintas medidas cautelares, siguiendo la tipología del CPC:

Gráfico único: *Actos antisindicales y medidas cautelares laborales, según la LPT.*

Tipología	Respuesta a los comportamientos antisindicales del empresario
Medidas para futura ejecución forzada. Embargo (artículos 642 y ss. CPC).	Afectación de cuentas o bienes del empresario cuando la pretensión que contra el tenga el sindicato sea de naturaleza económica. <i>Por ejemplo:</i> la orden del Juez de intervenir las cuentas del empresario que incumple con la entrega al sindicato de las cuotas sindicales ⁽⁶⁰⁾ .
Medidas temporales sobre el fondo (artículos 682 y ss. CPC)	Dictado de medidas similares a la pretensión principal, habida cuenta de que esa es la única forma de brindar tutela jurisdiccional efectiva en un caso concreto. <i>Por ejemplo:</i> una resolución cautelar podría ordenar al empresario la entrega provisional de la información económica y financiera necesaria en un contexto de negociación colectiva ⁽⁶¹⁾ .
Reposición provisional (artículo 55 LPT)	Con esta medida cautelar específica se lograría restituir al trabajador despedido por causa de su actividad sindical.
Medidas innovativas (artículos 682 y ss. CPC)	Alteración de las condiciones de la relación laboral, para garantizar la continuidad en el ejercicio de uno de los derechos de libertad sindical, frente a una amenaza inminente. <i>Por ejemplo:</i> frente a un despido del trabajador que es candidato en las elecciones sindicales, puede ordenarse judicialmente que el mismo continúe con su actividad representativa mientras se tramite el proceso de impugnación del despido ⁽⁶²⁾ .
Prohibición de innovar (artículo 688 CPC)	Prohibición de que se opere una modificación en cierto aspecto de la relación laboral que tenga por fin entorpecer el ejercicio de un derecho colectivo. <i>Por ejemplo:</i> la programación del traslado de un dirigente sindical a otra sede de la empresa, en la época de la negociación colectiva en la unidad productiva de origen, puede suspenderse efectivamente y así permitir que el referido trabajador participe en la negociación colectiva.

(57) En caso de otorgarse la medida, el solicitante tendría un plazo general de diez días para que interponga la demanda, según lo prescrito por el artículo 636 CPC.

Medidas cautelares genéricas (artículo 629 CPC)	Utilizables en los casos no previstos en los supuestos anteriores, o que pueden combinar los efectos de dos o más medidas cautelares ⁽⁶³⁾ , respetando sus requisitos de procedencia.
---	--

V. EXPECTATIVAS Y REFLEXIÓN FINAL

Pensamos que mal podríamos concluir este estudio presentando una conclusión, cuando nuestro objeto de atención es un régimen procesal que apenas tiene unos pocos meses de vida. Por ese motivo formulamos las dos expectativas que lo avanzado hasta aquí nos ha dejado, y una breve reflexión.

Nuestra primera expectativa es que la libertad sindical encuentre mayores y más céleres espacios de realización que los que ha tenido hasta estos días. El proceso laboral, entre otros mecanismos de solución de conflictos, tiene las características suficientes para que pueda hacerse valer una defensa de los derechos que componen a la libertad sindical en múltiples supuestos.

La segunda expectativa es que las innovaciones de la LPT permitan que la justicia laboral sea un mecanismo eficaz. En esto, como se ha visto, las medidas cautelares laborales tienen un papel principal al evitar que el paso del tiempo venza la capacidad de resistencia de quien busca impugnar el acto antisindical. Además, un régimen amplio de tutela cautelar en el proceso laboral puede tener una importante influencia en la relación existente en el plano material, pues la existencia de un proceso eficaz puede desincentivar las conductas antisindicales, dada la certeza de que existe un proceso capaz de adelantar sus efectos al inicio del siempre difícil drama que significa el proceso.

En todo caso, y quizá sin quererlo, el legislador ha sentado las bases para el surgimiento de una vía judicial ordinaria igualmente satisfactoria y distinta del amparo para la protección de la libertad sindical: nada menos que el proceso abreviado laboral. Para que eso sea cierto habría que esperar a ver si es que finalmente, las medidas cautelares laborales encuentran una vigencia amplia en la jurisprudencia laboral y así puedan añadir eficacia a las impugnaciones de los comportamientos antisindicales.

(58) Hemos sostenido en otra ocasión que el artículo 24.10 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT) establece una multa para el incumplimiento al que aludimos, lo que cumple con la función de desincentivarlo (Vid. Boza y Mendoza. Ob. cit., p. 341). Sin embargo, aquel cuerpo normativo guarda silencio sobre cómo el sindicato finalmente podría hacerse del cobro de esas cuotas, para lo cual sería necesario activar el proceso laboral.

(59) Al igual que el caso anterior, el artículo 24.9 del RLGIT prevé una multa para este incumplimiento (*ibid.* pp. 342-344).

(60) Ejemplo propuesto por Arce Ortiz. Ob. cit., p. 275.

(61) Idea que recogemos de Palacios Tejada, Antonio. *Las medidas cautelares en el Derecho Procesal Laboral*. Tesis para optar por el grado de bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 106-107.

LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y LA EMPRESA

Pedro G. Morales Corrales^()*

INTRODUCCIÓN

La nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 (NLPT), ha entrado en vigencia el 15 de julio del presente año, pero lo está haciendo de manera progresiva, en la oportunidad y los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial⁽¹⁾. En aquellos distritos en que no se implemente la nueva Ley, continuará rigiendo la actual Ley Procesal del Trabajo N° 26636 (LPT).

Esta nueva Ley, que no muchos pensaron pudiera ser aprobada y puesta en marcha en tan poco tiempo, es genuinamente revolucionaria porque introduce cambios rápidos, sustantivos y profundos en el modelo procesal laboral aún vigente en los distritos judiciales en los que aún no se aplica la NLPT.

En esta ponencia nos vamos a dedicar fundamentalmente evidenciar los nuevos e importantes desafíos que tendrá que enfrentar la empresa, en su calidad de empleadora de un prestador de servicios, si es que no adopta las medidas de prevención que le permita, de tener la necesidad de participar en el nuevo proceso laboral, salir airosa.

(*) Profesor de la Universidad de Lima, Ex-Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Socio, Jefe del Área Laboral y de Seguridad Social del Estudio Echecopar.

(1) Mediante Res. Ad. N° 232-2010-CE-PJ de 1 de julio de 2010, publicada el 7 de julio del mismo año, se ha aprobado el Programa de Implementación de la Nueva LPT para el año 2010, de la siguiente forma: (i) Distrito Judicial de Tacna, a partir de 15 de julio; (ii) Distrito Judicial de Cañete, a partir del 16 de agosto; (iii) Distrito Judicial de la Libertad, a partir del 1 de setiembre; (iv) Distrito Judicial de Arequipa, a partir de 1 de octubre; y, (v) Distrito Judicial de Lambayeque, a partir del 2 de noviembre.

Los cambios que introduce la NLPT son tan profundos que igualmente podrían escribirse otros artículos respecto del impacto que tendrá en quienes van a participar directamente en el proceso: fundamentalmente el juez, el demandante y los abogados, quienes deberán imprescindiblemente reciclarse y capacitarse para poder participar idóneamente en este nuevo proceso laboral.

I. CAMBIOS SUSTANTIVOS EN LA NLPT RESPECTO DE LA LPT VIGENTE

La enumeración que efectúa el Artículo I del Título Preliminar de la NLTP sobre los principios que inspiran el nuevo proceso laboral, resultarían meramente enunciativos y en consecuencia líricos o ilusorios y violados por la realidad de los hechos, de no ser por el contenido de la NLTP que hará, en la práctica, con la necesaria decisión política de que así sea, que dichos principios se cumplan en el nuevo proceso.

En efecto dicha norma establece que “El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad”. Esta invocación conjunta y entrelazada de principios, de cumplirse, necesariamente tienen que traer como consecuencia un proceso laboral célere y justo.

a) Reducción significativa de la duración del proceso laboral

Los nuevos procesos laborales, fundamentalmente los procesos ordinario y abreviado laboral, se encuentran estructurados de tal manera que deberán concluir, si es que previamente no concilian las partes, en un plazo que no excederá de seis (6) meses en las dos instancias previstas para dichos procesos, en los que no contamos al recurso de casación, pues su interposición, no solo no constituye una nueva instancia sino que tampoco interrumpe lo resuelto en la segunda y última instancia (Art. 38). Si se da la conciliación, el proceso concluye de inmediato, con efecto de cosa juzgada, es decir de manera final e inamovible, en cuyo supuesto, el proceso no debería demorar más de mes y medio desde la notificación con la demanda.

En efecto, teniendo en cuenta que el desarrollo del proceso se limita, una vez presentada la demanda, al desarrollo de dos audiencias en el proceso ordinario (Arts. 43 y 44) y una audiencia en el proceso abreviado (Art. 49), donde se actúa todo y se dicta de inmediato la sentencia salvo excepción (Art. 47) en que se dicta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes y que en segunda instancia solo existe una audiencia en la que igualmente, de inmediato, se dicta sentencia, salvo excepción (Art. 33c), en que se dicta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes; pudiendo desdoblarse las salas colegiadas en unipersonales para resolver conflictos cuyo monto no supere 70 URP (S/.25,200.00) (Sexta Disp. Comp.), no debería demorar, en total más de los seis meses indicados. Además, debe tenerse en cuenta

que la interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de lo resuelto por la Corte Superior en segunda instancia⁽²⁾

Entonces y de inicio, tenemos un cambio sustantivo respecto de lo que ocurre con la LPT que aún rige mayoritariamente en los distritos judiciales del país, en que un proceso laboral puede demorar no menos de cuatro (4) o cinco (5) años, si se tiene en cuenta que solo el recurso de casación que lo conoce la Corte Suprema de la República y que suspende lo resuelto por la segunda instancia, demora en resolverse y notificarse aproximadamente dos (2) años.

¿Esta reducción absolutamente significativa qué impacto va tener en las empresas que actúan informalmente o semi-informalmente? pues, que ya no podrán especular respecto a la demora del proceso laboral como medio para disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos cuando estos consideren, bien o mal, que han sido conculcados; y tampoco podrán hacerlo, como ocurre actualmente en muchos casos, para diferir por años el cumplimiento de obligaciones laborales insolutas y así tener una ganancia financiera en razón del pago diferido.

Si a ello le agregamos que la NLPT prevé, a diferencia de la LPT antigua y aún vigente, que el juez laboral puede dictar medidas cautelares antes de iniciado un proceso y no solo dentro de este, como actualmente ocurre y de manera mediatizada, destinado a garantizar la eficacia de lo que finalmente se resuelva y que, como sucede en el proceso civil son dictadas sin conocimiento de la contraparte; y, que además, a diferencia del proceso laboral aún vigente, la NLPT otorga al juez laboral la facultad de dictar *cualquier tipo de medida cautelar*; sin duda que, si el empleador incurre en una infracción laboral, se verá expuesto por la NLPT a que dicha infracción sea reparada incluso antes de comparecer al proceso laboral.

Mención especial sobre estas amplísimas facultades otorgadas a los jueces laborales por la NLPT en el ámbito de las medidas cautelares está constituida por la *medida de reposición especial* que prevé que el juez laboral *fuera o dentro del proceso* puede dictar una medida de reposición provisional cumplido los requisitos ordinarios de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela, pero que también será procedente, sin que necesariamente se cumplan todos esos requisitos ordinarios, si el demandante, al momento del despido era dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad, o que se encontraba gestionando la conformación de una organización sindical; en cuyos supuestos solo se requiere acreditar la verosimilitud del derecho (impropiamente la norma consigna “El fundamento de la *demanda* es verosímil”, pues estamos frente a un pedido de medida cautelar antes del proceso en que técnicamente aún no se ha presentado la demanda, pero si se tiene que acreditar la verosimilitud del derecho).

(2) Excepcionalmente, cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre de juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable.

Entonces, por ejemplo, frente a un despido que el trabajador considere nulo⁽³⁾, él puede, antes de iniciar el proceso laboral sobre nulidad de despido, obtener la reposición en el trabajo, si cumple con los requisitos ordinarios que exige toda medida cautelar; o, si se encuentra en cualquiera de los casos especiales mencionados, solo será suficiente acreditar la verosimilitud del derecho.

Finalmente resulta importante tener en cuenta los comentarios formulados sobre la celeridad del nuevo proceso laboral por la Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo, Doctora Manuela García Cochagne y del Doctor Luis Vinatea Recoba, miembro de la Comisión que formuló el Proyecto de la NLPT.

La Ministra manifestó lo siguiente:

“Consideramos que esto tendrá un efecto disuasivo para los malos empleadores y dejará atrás la sombra de la impunidad. Como el juicio laboral se resolverá de manera rápida y eficiente, tendrán que pensarlo muy bien antes de no pagar la obligaciones laborales”.⁽⁴⁾

A su vez, Luis Vinatea manifiesta que se trata de “(...) Un tipo de proceso basado en el uso de la tecnología; efectivo y dirigido a facilitar que la norma se haga efectiva. Para ello, busca mostrarse tan eficaz que actúe como un desincentivo al incumplimiento, de tal forma que o evita el incumplimiento o lleve a una conciliación del conflicto en su etapa inicial”.⁽⁵⁾

b) Oralidad versus sistema escrito

Una de las características más importantes de la NLPT es el predominio de la oralidad frente al sistema fundamentalmente escriturario de la LPT.

En el proceso laboral conforme a la LPT prácticamente todo lo que se actúa es por escrito, pues además de la demanda y contestación a la demanda la lentitud del proceso actual favorece a que se presenten innumerables escritos y que incluso lo actuado en las audiencias, que si bien se desarrollan de manera oral, se vuelcan en actas, incluida la actuación de los medios probatorios tales como las declaraciones de parte y testimoniales.

En cambio, con la NLPT solo se presentará por escrito la demanda (Art. 16), subsanación, de ser el caso (Art. 17) contestación a la demanda y defensas (Art. 19), solicitud de medidas cautelares (Art. 54), recursos de apelación (Art. 32) y casación

(3) Artículo 29 LPCL es nulo el despido que tenga por motivo: (i) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; (ii) Ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (iii) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador antes las autoridades competentes; (iv) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; (v) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento de periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto.

(4) Página Web. del MTPE, 22-01-2010.

(5) VINATEA RECOBA, Luis. “La Oralidad en el Proceso Laboral”, *El Peruano*, de 21 de octubre de 2009

(Art. 35); es decir no mas de dos o tres escritos por cada parte. Todas las demás actuaciones se llevarán oralmente en la o las audiencias, que constituyen sustancialmente un debate oral de posiciones presidida por el juez, quien puede interrogar, en cualquier momento, a las partes, sus abogados y terceros participantes (Art. 12.1), sin que lo actuado en dichas audiencias sea motivo de actas o de pliegos interrogatorios previos, quedando todo registrado en la filmación y en medios electromagnéticos, excepto la etapa de conciliación que no es filmada ni grabada por su propia naturaleza, a los cuales podrá recurrir el juez y las partes cuando lo requieran.

c) **Conducción efectiva del proceso por el juez**

El juez es el director del proceso y lo conduce personalmente; su rol es protagónico en su desarrollo e impulso, impidiendo y sancionando las conductas contrarias a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros (Art. III T.P.). Ello supone, de parte del juez, una real compenetración con todo lo que se actúe en el proceso, que le permita dictar responsablemente y sin dilaciones la sentencia al concluir la audiencia.

De esta manera se garantiza el cumplimiento del principio de inmediatez, en virtud del cual el juez con su presencia real y participación activa en la conducción del proceso en general y de las audiencias en especial, en primer lugar propiciará de manera intensa la conciliación para favorecer la conclusión total o parcial de los aspectos controvertidos en el proceso y de esa manera resolver céleramente y en forma satisfactoria para ambas partes, porque se evitará que exista vencedor y vencido. De no producirse la conciliación o si esta solo fuera parcial, el mismo juez dirigirá con protagonismo la etapa de juzgamiento con las subetapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, todo en una sola audiencia, excepto en el proceso ordinario laboral en que se cita a una audiencia exclusivamente para lograr la conciliación y si está no se produce total o parcialmente se cita a una segunda y última audiencia de juzgamiento.

Este principio de inmediatez que también lo contempla la LPT (Art. I del T.P.), sin duda por la nueva estructura del proceso y el apoyo logístico y tecnológico al que nos referiremos posteriormente, garantizan su respeto, lo que no sucede con la LPT en donde resulta clarísima la violación de dicho principio, pues no existe desde hace años ni siquiera la elemental seguridad de que el juez que conoce inicialmente del proceso concluirá con la emisión de la sentencia después de uno, dos o tres años. Por el contrario todos los que tenemos alguna experiencia con el litigio laboral constatamos que un proceso de esta naturaleza son no menos de tres o cuatro jueces los que “conocen” del proceso en primera instancia. Por supuesto que el juez encargado de dictar sentencia no tiene la más mínima idea de quienes son las partes y cual ha sido su conducta procesal; lo único que le queda es revisar el expediente y de acuerdo a lo actuado sentenciar, sin contar con la evidencia importantísima de haber presenciado personalmente el comportamiento de las partes, de los testigos y peritos en la oportunidad de la actuación de las pruebas; es más,

tal es el desorden e improvisación, que se han designado a “jueces sentenciadores” que jamás siguieron y menos dirigieron el proceso. Es decir la antípoda de la intermediación; una real burla a los justiciables.

Pues bien, ¿esta conducción real y efectiva por el juez de que manera repercute en el empleador?

Lo hará, sin lugar a dudas, en la medida que al estudiar la demanda y contestación de la misma y de participar activamente en la etapa de conciliación, el juez tendrá por lo menos una idea preliminar de quien tiene la razón; tal idea se acrecentará por lo que ocurra en dicha etapa.

Además, de tener que pasarse a la etapa de juzgamiento y actuación de pruebas, el juez apreciará cada detalle del comportamiento de las partes, los testigos, peritos e incluso de los abogados, lo que le permitirá, en virtud de lo actuado, llegar a la conclusión de quien tiene la razón, total o parcialmente y con ello, dictar la sentencia a la conclusión de la audiencia.

Si las partes en general y en especial empresa como empleadora no cuenta con una sólida posición debidamente acreditada con las pruebas que se aporten, entonces su actuación no solo resultará inconsistente sino que será revelada a los ojos del juez por la forma en que dicha inconsistencia influirá en el comportamiento que se observe en la audiencia de juzgamiento.

d) Carga de la prueba y presunciones

Este es un aspecto de la NLPT de la mayor importancia y que tiene especial repercusión para las empresas como empleadoras y que busca influir en el cabal respeto a los derechos laborales a fin de evitar procesos, en que por deficiencia probatoria, los lleve en breve plazo al cumplimiento coercitivo de los mismos.

En primer lugar la NLPT establece que *los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o el resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretando los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, acentuando estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.* (Art. III TP).

Este mandato significa, el reconocimiento expreso dado por la ley en el sentido de que la desigualdad entre trabajador y empleador no solo se presenta a nivel sustantivo, es decir como parte en el contrato de trabajo, sino que también tal desigualdad sucede en el proceso laboral en el que el trabajador, muchas veces por desconocimiento, pero fundamentalmente por tener un acceso restringido al acopio de pruebas, le resulta especialmente difícil acreditar sus derechos; ocurriendo todo lo contrario respecto al empleador que se encuentra, al igual que como parte del contrato de trabajo, en mejores condiciones para su defensa, pues no solamente podrá contar con el concurso de abogados acreditados, sino que estará en la posibilidad,

al menos teóricamente si es previsor y ordenado, de poder aportar todas las pruebas conducentes a sustentar su defensa o posición en el proceso.

Una expresión de cómo la NLPT provee de más instrumentos de igualación del trabajador en el proceso frente a su empleador esta dada por la forma en que se ha regulado la carga de la prueba pues, a diferencia de lo que ocurre con la LPT aún vigente, en que corresponde al trabajador acreditar la existencia del vínculo laboral, la NLPT introduce un cambio sustantivo cuando solo exige al trabajador que acredite la prestación personal de servicios, sin necesidad de que pruebe si fue o no remunerada y sobre todo subordinada, pues inmediatamente la norma consagra la presunción de la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario⁽⁶⁾ (Art. 23.2).

Pues bien, acreditada entonces la sola prestación laboral de servicios cumpliendo la formalidad expuesta en la nota a pie de página, al presumirse la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado corresponderá al empleador acreditar que no se trata de un contrato de trabajo si en la realidad de los hechos el que suscribió fue una de naturaleza civil o tendrá que acreditar que el contrato es modal o a plazo fijo, satisfaciendo las razones objetivas para dicha contratación, que en nuestra legislación es de carácter excepcional, pues la contratación a plazo indeterminado constituye, en nuestro ordenamiento, la regla general.

Además corresponderá al empleador acreditar el pago de sus obligaciones laborales, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o *inexigibilidad*⁽⁷⁾; también la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado; así como el estado del vínculo y la causa del despido (Art. 23.4).

Otra previsión normativa de la NLPT en favor de equilibrar o igualar la situación de las partes en el proceso, se encuentra prevista de la siguiente forma “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan *presumir* la exigencia del hecho lesivo alegado, *el juez debe darlo por cierto*, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar

(6) Es cierto que este dispositivo debe interpretarse sistemáticamente con lo previsto en el Artículo II del Título Preliminar respecto del Ámbito de la Justicia Laboral, en que se excluye de dicho ámbito *las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo*, por lo que debe entenderse que para que la presunción a la que nos hemos referido anteriormente funcione, no solo basta que se acredite la prestación personal de servicios sino que, además, se alegue cuando corresponda, (supuestos de locación de servicios y obra fraudulentos) que el empleador ha encubierto su relación de trabajo utilizando indebidamente formas contractuales civiles.

(7) La *inexigibilidad* la podrá invocar, por ejemplo, si transcurrieron cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, por cuanto se encuentra autorizado a disponer de dichos documentos para su reciclaje o destrucción, a excepción de las planillas de pago que deben ser remitidas a la Oficina de Normalización Previsional, pues en todos los casos, *inclusive en lo relativo en materia laboral*, luego de transcurrido el mencionado periodo, la prueba de los derechos que se pudieran derivar del contenido de los documentos citados, será de quien alegue el derecho (Ley N° 27029).

que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (...)”(Art. 23.5).

Como puede observarse solo, es decir exclusivamente, si de lo expuesto en la demanda y de la prueba actuada existen indicios que lleven al juez a presumir la existencia lesiva del hecho alegado, lo dará por cierto. Esos indicios pueden ser entre otros, las circunstancias en que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes (Art 23.5).

Entonces, será la empresa empleadora la que tendrá que remover dicha presunción acreditando la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, porque de lo contrario, al no lograr destruir su presunción, el juez se inclinará por decidir con base simplemente a indicios que el hecho lesivo alegado se encuentra acreditado.

Otro elemento importante a tener en cuenta es que, como las pruebas se actúan en la audiencia de juzgamiento, las partes deben concurrir a dicha audiencia con todos sus testigos, peritos y documentos que en dicho momento corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer, con relación a las cuestiones probatorias, incidiéndose en que dicha actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento; prescribiéndose además que la inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez que dicte sentencia, si, sobre la base de la prueba actuada los hechos necesitados de prueba quedan acreditados (Art. 21).

Adicionalmente, las partes deben declarar en la audiencia de juzgamiento de manera personal, estableciéndose que las personas jurídicas prestan su declaración a través de cualquiera de sus representantes, quienes *tienen el deber de acudir informados sobre los hechos que motivan el proceso* (Art. 25), por lo que las respuestas evasivas darán lugar a otro tipo de presunciones, que trataremos más adelante.

El tema probatorio es pues delicado, porque a diferencia de lo que ocurre con la LPT aún vigente, por ejemplo en materia de testigos, el juez puede ordenar que asista de grado o fuerza; en cambio con la NLPT no necesariamente ocurrirá así, por lo que no sería raro que una persona cuya testimonial resulte importante para la defensa de una de las partes simplemente no quiera concurrir, con lo que se perdió la prueba y solo quedaría persuadir al juez de la importancia de la misma para que, si lo considera conveniente, ordene de oficio su actuación, quedando esta prueba en situación de aleatoria.

Entonces, a modo de conclusión puede establecerse que si el empleador no se encuentra debida y anticipadamente preparado para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones laborales o las razones jurídicas por las cuales actuó en determinado sentido, es altamente probable que pueda sufrir un serio revés en el proceso laboral o que lo obligue a conciliar, aun cuando en el fondo pueda tener razón pero, sino está en capacidad de probarlo, de poco o nada sirve.

e) Uso intensivo de la tecnología

Uno de los pilares del éxito de esta nueva Ley está constituido por el uso intensivo de tecnología, que se manifiesta en la notificación de las resoluciones mediante comunicación electrónica, excepto contados supuestos (traslado de la demanda, admisión de un tercero con interés, medida cautelar, etc., así como en las zonas de pobreza establecidas por el Poder Judicial y en los procesos cuya cuantía no supere los 70 URP: S/. 25,200.00, salvo que se solicite la notificación electrónica); la notificación electrónica surte efecto el día siguiente que llega a la dirección electrónica. Las resoluciones dictadas en la audiencia se entienden notificadas a las partes en el acto. Para tal efecto, constituye requisito de admisión de la demanda y de la contestación de la misma consignar la dirección electrónica a la cual deberá notificarse las resoluciones (Art. 13).

Esta sola previsión de la NLPT ahorra meses en la duración del proceso. Con la LPT aún vigente un traslado de la demanda o una simple notificación de “tén-gase presente” puede demorar uno o dos meses; y en la Corte Suprema, desde que lo resuelto se anota en el Libro Toma Razón hasta su notificación, tranquilamente pueden transcurrir cuatro o cinco meses, sino más.

Asimismo, las actuaciones realizadas en la o las audiencias, según correspon-da, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y video. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico (Art. 12.1).

Otra expresión del uso de la tecnología está constituido por la exhibición de planillas, en que si son electrónicas, como ocurre en la mayoría de los casos, es ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que lo haga (Art. 27). En la página web del Ministerio de Trabajo y Pro-moción del Empleo ya existe el link, restringido para jueces o funcionarios autori-zados que permita acceder sobre la información de planillas electrónicas.

Además la NLPT prevé que los jueces contarán con una base de datos públi-ca, actualizada permanentemente que les permita a ellos como a los usuarios el ac-ceso a la jurisprudencia y los precedentes vinculantes y que ofrezca información es-tadística sobre los procesos laborales en curso (Segunda Disp. Transt). El Ministe-rio de Trabajo y Promoción del Empleo ha informado que ya se encuentra con esa base de datos, no solo para los jueces sino también para cualquier usuario a cuyo efecto se puede acceder a ella a través de la siguiente dirección: www.mintra.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/.

Finalmente la NLPT igualmente prevé que el Ministerio de Trabajo y Pro-moción del Empleo con la colaboración del Poder Judicial implemente un siste-ma informático, de acceso público, que permita el cálculo de los derechos o bene-ficios sociales (Tercera Disp. Transt). Igualmente ya se puede acceder a dicho sis-tema, ingresando a la página web a que nos hemos referido en el anterior párrafo.

f) Conducta de las partes y de los abogados

Las partes, sus representantes, sus abogados y terceros deben actuar en el proceso con veracidad, probidad, lealtad y buena fe (Art. III T.P.).

Merece sanción alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el juez (Art. 11b.).

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso (presunción legal derivada de la conducta de las partes). Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de ellas. Se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria, entre otras circunstancias, cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre; se niega a declarar, o responde evasivamente (Art. 29). Como puede apreciarse esta regulación esta dirigida, fundamentalmente aunque no se consigne expresamente, al empleador.

Debe recordarse que la parte del proceso debe acudir debidamente informada sobre los hechos que lo motivan (Art. 25), de tal modo que, como se ha manifestado, las respuestas evasivas que se puedan dar serán tomadas en cuenta por el juez en contra del litigante que las emite.

En los casos de temeridad o mala fe procesal el juez tiene el deber, no la facultad, de imponer a las partes, sus representantes y sus abogados una multa no menor de ½ ni mayor de 50 URPS (S/. 180.00 a S/. 18,000.00). Esta multa es independiente de aquella otra que se pueda imponer por la infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias (S/. 180.00 a S/. 1,800.00).

Existe responsabilidad solidaria (lo cual es una novedad) entre las partes, sus representantes y sus abogados (otra real novedad) por las multas impuestas a cualquiera de ellos. No se extiende la responsabilidad solidaria al prestador de servicios.

Adicionalmente a las multas, el juez puede remitir copias de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público, y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudieran haber lugar, incluidas las penales (Art. 15) .

Todas estas disposiciones, de carácter disuasivo, que contiene la NLPT se encuentran encaminadas a que las partes actúen con probidad, veracidad, lealtad y buena fe en el proceso, evitando dilaciones innecesarias del mismo, por cuanto lo que se persigue es llegar a la verdad real de lo sucedido y resolver en consecuencia.

II. RETOS PARA LOS EMPLEADORES

a) Prevención de los conflictos

La celeridad de los procesos laborales en la NLPT así como la posibilidad de dictarse medidas cautelares (embargos y otros) incluso antes del inicio del proceso y dentro del mismo, obliga a los empleadores a adoptar medidas de prevención de conflictos laborales que minimicen los riesgos de un proceso en que el trabajador pueda resultar victorioso.

b) Acopio de medios probatorios

La forma como se encuentra estructurada la carga de la prueba así como la regulación de las presunciones legales a que nos hemos referido en el numeral 1.d anterior, obliga a los empleadores a que sean sumamente minuciosos en contar con las pruebas que permitan acreditar rápidamente el cumplimiento de todas y cada una de sus obligaciones laborales. No contar con dichas pruebas hace correr el riesgo que, frente a una aseveración del trabajador y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan al juez presumir la existencia del hecho lesivo alegado, este lo de por cierto, salvo que el demandado aporte elementos (pruebas) que demuestren que existió justificación suficiente y razonable respecto a las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (Art. 23.5).

Resulta entonces especialmente importante la revisión y actualización de los archivos del personal a fin de estar debidamente preparados ante la eventualidad de una demanda.

III. CAPACITACIÓN INTERNA

La vigencia de la NLPT, por los cambios sustantivos introducidos en el proceso laboral, demanda una particular capacitación de las áreas de administración y legal de las empresas a fin de estar en aptitud de hacer frente, de manera exitosa, a los desafíos que presenta la aplicación de la nueva norma procesal.

BASES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Sandro Alberto Núñez Paz^()*

I. IDEAS INICIALES

La nueva Ley Procesal del Trabajo –Ley N° 29497– (en adelante, NLPT) ha aportado novedosas e interesantes innovaciones al derecho laboral nacional. Así, la instauración de audiencias orales, la legitimación del sindicato para demandar derechos de naturaleza individual y la posibilidad de sancionar conductas contrarias a la buena fe procesal son, sin duda, acciones que modificarán el escenario actual del litigio en materia laboral.

Pero, hay algo aún más importante que nos trae la NLPT, que no se encuentra específicamente señalado en la norma, sino que resulta de una lectura entrelíneas: nos propone un cambio de mentalidad. En efecto, la NLPT, más allá de innovar algunas estructuras procesales básicas o establecer un novedoso marco procedimental, nos reta a modificar las clásicas concepciones del litigio, orientándonos hacia una mejor comprensión de la importancia del tiempo de los actos procesales y la eficiencia en su utilización, pasando por una mejora cualitativa de la aplicación del principio de inmediación, que se encuentra establecido como uno de los pilares en los que se sustenta la reforma.

Pero, como no puede ser de otra manera, este cambio de mentalidad no se puede lograr con la simple promulgación de la norma, sino que, para lograr dicho cometido, es necesario que la Ley encuentre respaldo en algunas bases que la sustenten,

(*) Asociado Senior del Estudio Rubio Leguía Normand. Doctor en Derecho. Profesor Universitario.

y ese es el punto de partida de la presente investigación: advertir cuáles son las bases que deben respaldar este cambio de mentalidad del litigio en materia laboral.

Así, pues, el presente trabajo no tiene otra finalidad que la de alertar a quienes se encargarán de implementar y poner en funcionamiento la NLPT tanto en Lima como en los otros Distritos Judiciales del país, y, adicionalmente, poner en conocimiento de quienes van a aplicarla, los cambios, innovaciones y dificultades que esta Ley trae consigo.

Después de leer detenidamente la NLPT, se puede llegar a la convicción que se trata de un texto retador, que puede llegar a modificar los cimientos del litigio laboral, y que dará un impulso favorable a la solución oportuna y cada vez más acertada de los conflictos laborales. Pero, todo ello debe estar sustentado no solo en la buena voluntad de los jueces y justiciables, sino que, necesariamente, debe estar involucrada una política jurisdiccional que soporte este cambio de mentalidad.

Esta impostergable oportunidad de reformar el litigio laboral, debe seguir algunos lineamientos de cambio que se proponen en la presente investigación, en donde se señalan las bases para la adecuada implementación de la NLPT.

II. BASES PARA EL CAMBIO DE MENTALIDAD

Como se mencionó anteriormente, sería muy pretensioso señalar que la Ley por sí misma va a lograr modificar la mentalidad de todos sus operadores. Para ello, se requiere de algunos elementos mínimos que pueden coadyuvar a que la norma se aplique de una debida forma. El siguiente cuadro nos muestra algunos elementos a tener en cuenta para acompañar debidamente la NLPT:

La base de una legítima reforma no se logra con la publicación en Gaceta oficial del texto de la Ley, sino que ello se conseguirá en tanto y en cuanto dicha norma procesal sea acompañada de una política judicial adecuada y de una importante inversión tanto en infraestructura como en capacitación, condiciones mínimas necesarias para lograr el deseado cambio en la mentalidad.

Pasemos, pues, a desarrollar cada uno de los elementos propuestos a efectos de que se implemente debidamente la norma procesal.

III. CAPACITACIÓN

La NLPT, con acierto, ha autorizado en su Duodécima Disposición Complementaria al Poder Judicial para la creación de un fondo de formación de magistrados y de fortalecimiento de la justicia laboral. Dicho fondo tendrá por objeto la implementación de medidas de formación específicamente dirigidas a los magistrados laborales, así como el otorgamiento de incentivos que les permitan desarrollar de manera óptima la función judicial.

Así, la norma procesal apuesta por una continua capacitación de quienes van a ser los actores principales en el proceso laboral: los magistrados.

Pero, no debe dejarse de lado que esta capacitación no solo debe abarcar a la figura del Juez, sino que, debe considerarse también a todos los elementos que se encuentran involucrados en la aplicación de esta herramienta procesal. No referimos a los auxiliares jurisdiccionales, entre los que destacan los especialistas legales y los peritos judiciales, como analizaremos en las siguientes líneas.

Pasemos entonces a examinar los diversos actores que deben intervenir en el permanente y continuo tema de la capacitación:

1. Jueces

El Artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que establece los fundamentos del proceso laboral, señala que los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Así, vemos cómo la norma procesal ha otorgado a la figura del Juez el papel de actor principal en el proceso laboral. Siendo esto así, merece especial atención su capacitación constante, la cual debe lograrse, como no puede ser de otra forma, a través del órgano competente en la materia: la Academia de la Magistratura.

No debe perderse de vista que, a la luz de las innovaciones que trae la norma procesal, el Juez no solo debe ser capacitado en materias relativas al ámbito legal, sino que, también, debe recibir capacitación en temas relacionados con manejo de sistemas informáticos, como lo son por ejemplo, el cálculo de los derechos o beneficios sociales o la revisión de planillas electrónicas, conforme los establecen la Tercera y Cuarta Disposiciones Transitorias de la NLPT⁽¹⁾.

Nótese que, si bien es cierto el Juzgador en la audiencia oral estará acompañado de un perito judicial, no es menos cierto que el nivel de involucramiento que debe tener el Magistrado en la forma y resultado del cálculo de los beneficios sociales resulta esencial al momento de emitir un pronunciamiento, por lo que debe necesariamente revisar los cálculos entregados por el perito a efectos de darles conformidad, debiendo, para tal efecto, conocer la herramienta informática utilizada para la elaboración del referido cálculo.

(1) **TERCERA.-** El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la colaboración del Poder Judicial, implementa un sistema informático, de acceso público, que permita el cálculo de los derechos o beneficios sociales.

CUARTA.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementa un sistema de remisión electrónica de información de las planillas electrónicas. El requerimiento de información es enviado por el juzgado al correo electrónico habilitado para tal fin por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. El funcionario responsable da respuesta, también por correo electrónico, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Dicha respuesta debe contener la información solicitada presentada en cuadros tabulados, agregándose las explicaciones que fuesen necesarias.

De otro lado, el actual sistema manual de notificaciones judiciales es, sin duda alguna, uno de los principales elementos que conspira contra la celeridad procesal, retardando la marcha del proceso y prestándose a corruptelas alrededor de este caduco sistema de notificaciones personales. Así, el salto a una notificación electrónica resulta ser cualitativo; pero, debe merecer también la atención del Juzgador, quien debe estar debidamente capacitado y conocer de primera mano la forma cómo va a funcionar este sistema, para, en caso se presenten dificultades o conflictos respecto a su aplicación, resolverlas con conocimiento de causa.

2. Auxiliares Jurisdiccionales

Como mencionamos líneas arriba, no solo los Jueces deben ser permanentemente capacitados, sino que, también, deben recibir capacitación los Auxiliares Jurisdiccionales, entre ellos, los especialistas legales y los Asistentes de Juez, quienes son la fuente natural de reemplazo de los Jueces en caso de ausencia o licencia.

Un Asistente de Juez o un Especialista Legal deben estar preparados para asistir al Magistrado en la investigación de los hechos y en la proyección de ciertas resoluciones que pueden darse en la propia audiencia o en actos anteriores a la misma, motivo por el cual resulta necesaria su capacitación en temas relacionados con el proceso o con el derecho sustantivo.

No debe descuidarse la capacitación de otro actor importante, sobre todo al momento de la audiencia oral, que es la figura del perito judicial, quién tendrá una actuación decisiva en la referida audiencia, debiendo contar con conocimientos profundos respecto al cálculo de beneficios sociales, utilizando para tal efecto las herramientas de cálculo provistas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo u otros mecanismos de cálculo de beneficios sociales complejos, como lo pueden ser, por ejemplo, la determinación de utilidades en caso estas sean demandadas.

3. Abogados

Tal vez quienes tienen mayor incidencia en el retraso y complicación del proceso judicial sean justamente los abogados, los que deberían coadyuvar a una oportuna y célere impartición de justicia.

La NLPT nos propone un nuevo perfil de abogado litigante, quien debe abstenerse de interponer recursos dilatorios o articulaciones inoficiosas. Pero no solo ello, sino que también debería interponer sus demandas de manera simple y clara, solicitando debidamente los conceptos demandados señalando las fechas de reclamo y el monto correcto de su pretensión, no debiendo crear falsas expectativas a sus clientes.

Asimismo, el abogado litigante debe advertir a sus clientes de las consecuencias que puede traer una mala práctica procesal, lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la NLPT, acarrea sanciones administrativas, el pago de multas solidarias y hasta el inicio de investigaciones penales.

La forma más acertada de lograr este cambio en la mentalidad de los abogados de los justiciables es a través de programas de especialización o de la creación de cursos de Post Grado dirigidos a mejorar la calidad del litigio, capacitando a los abogados no solo en temas legales o procesales, sino en temas de ética procesal.

En este punto la Universidad tendrá un rol protagónico, no solo en el dictado de materia afines al proceso laboral, sino que también en la selección del personal docente que pueda ser capaz de transmitir estos valores.

4. Estudiantes de Derecho

En este punto también la Universidad tendrá un rol preponderante, en el dictado y enseñanza de cursos en el Pre Grado.

Una de las formas más sencillas de establecer este cambio es convirtiendo el dictado del curso de Derecho Procesal Laboral en una materia obligatoria y no electiva, como ocurre en algunas facultades de Derecho del país.

Asimismo, al igual que en el Post Grado, la Universidad deberá tener especial cuidado la selección del personal docente que se encargue de transmitir los valores indicados al alumnado.

No debe dejarse de lado que los estudiantes de Derecho son el futuro inmediato de la profesión, y quienes con la simple adscripción a un Colegio Profesional de Abogados, tendrán licencia para interponer demandas o participar en cualquier tipo de procesos judiciales, incluido el laboral.

5. Sindicatos

Los artículos 8.2 y 8.3 de la NLPT⁽²⁾ otorgan al Sindicato un rol protagónico en el proceso, cuando se establece que pueden comparecer al proceso laboral en defensa de sus afiliados sin necesidad de poder especial de representación, entendiéndose que pueden demandar asuntos relacionados a derechos individuales sin consultar siquiera a su afiliado, debiendo en dicho caso el Empleador poner en conocimiento de su trabajador este hecho.

Siendo esto así, queda claro que la dirigencia sindical, al tener este poder de demandar directamente beneficios individuales, puede llegar a cometer excesos si es que sus dirigentes no se encuentran debidamente capacitados o asesorados, por lo que es un deber esencial el premunir a los dirigentes en el correcto manejo de la

(2) **Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia (...)**

8.2 Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados.

8.3 Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta.

herramienta procesal y no exponerlos a multas o sanciones conforme lo prevé la propia norma procesal.

Hasta aquí, hemos desarrollado el tema de la capacitación, el cual tiene que ver directamente con la persona humana que va a tener participación en el proceso. Pero, para implementar debidamente una norma no podemos quedarnos solamente en capacitaciones a los actores del proceso, sino que también, se requieren de otros factores, como lo son, por ejemplo, un compromiso de inversión en lograr una mejor justicia tanto cualitativa como cuantitativa, motivo por el cual el siguiente punto se encuentra dedicado al gasto que debe hacer el Estado para implementar debidamente la NLPT.

IV. INFRAESTRUCTURA

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁽³⁾, define el concepto “infraestructura” como el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera. Siguiendo con la indicada definición, podemos afirmar que para un adecuado funcionamiento del proceso laboral, resulta indispensable contar con lo siguiente:

1. Inmuebles

Bastaría con mencionar que en la ciudad de Lima existen hasta cuatro sedes en donde se tramitan procesos laborales. Pero no solo ello, sino que existe un marcado divorcio entre los criterios que manejan los Juzgados Especializados con la instancia revisora. Parte de la responsabilidad de dicha divergencia se debe a que no existe un único inmueble en donde funcione la justicia laboral.

Ello puede parecer un aspecto sin importancia; pero, no debe descuidarse el hecho de que si se tiene un solo lugar dónde funcione la justicia laboral, se podrían promover reuniones periódicas de los magistrados, se puede ahorrar tiempo en el envío de expedientes a instancias revisoras, se pueden efectuar consultas permanentes entre ambas instancias, entre otros aspectos que tienen que ver con un lugar común de trabajo.

Adicionalmente a ello, no debe dejarse pasar que una justicia especializada que no cuenta con un único inmueble para su desarrollo, da la impresión de una justicia quebrada o desmembrada. Sin lugar a dudas, el hecho de que toda la justicia laboral funcione en un solo lugar favorecería el desarrollo de la materia, como ha sucedido, por ejemplo, en la Corte de Lima con la Subespecialidad Comercial, la que viene dando resultados visiblemente mejores a la anterior conformación.

(3) <www.rae.es>.

2. Mobiliaria

Debe tenerse en cuenta que la NLPT establece en su artículo 12.1 que la audiencia deberá ser registrada en audio y video⁽⁴⁾, por lo que los Juzgados deberán contar con equipos electro magnéticos de almacenamiento para que quede registrada la audiencia oral en audio y video. Así, el Poder Judicial deberá brindar al Juez Laboral los equipos destinados a lograr dicha facilidad, teniendo en cuenta que los mismos deben contar con un soporte informático que permita su fácil almacenamiento, además de un adecuado sistema de *buckups* o información de respaldo en caso se pierda alguna información.

De otro lado, debe utilizarse un mismo formato o sistema operativo, dado que el mismo deberá ser utilizarlo tanto por el Juzgado Especializado como por la Sala Laboral, quien se encargará de revisar el expediente y, como no podría ser de otra forma, deberá revisar la audiencia oral para tener mejor conocimiento de los hechos materia del litigio.

Asimismo, el sistema informático al que hacemos referencia debe procurar facilitar la búsqueda por parte del órgano revisor de las actuaciones importantes o relevantes en la audiencia, como lo son, por ejemplo, las declaraciones de parte o de testigos, o las consideraciones a las que llegue el perito. De lo contrario, va a tomar una gran parte del tiempo a la Sala revisora el encontrar la parte de la audiencia en donde se haya actuado el referido medio de prueba o la actuación que requiere revisión.

Adicionalmente a ello, la Corte Suprema debería también contar con el mismo sistema informático, dado que, al ser procedente la casación por debido proceso, podrían alegarse vulneraciones que merezcan ser analizadas por dicha instancia. A manera de ejemplo, podría presentarse una impugnación referida a la nulidad en la actuación de un medio de prueba que hay afectado el debido proceso y sea lo que motivó la casación. Siendo ello así, el Colegiado Supremo deberá analizar la actuación bajo comentario, debiendo acudir a la audiencia para analizar el hecho, por lo que resulta necesario que dicha Corte cuente con el mismo sistema operativo de almacenamiento de audio y video para resolver conforme a Ley.

(4) **Artículo 12.- Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias**

12.1 En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento. Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y vídeo utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo.

V. CONDICIONES DE CARGA

Uno de los requisitos indispensables para que la norma pueda tener los resultados deseados, es que los Jueces encargados de su aplicación empiecen con lo que se ha denominado “Carga Cero”, que no es otra cosa que empezar la tramitación de las nuevas causas sin tener expedientes pendientes de actuación o sentencia en el juzgado.

Ello resultaría muy sencillo de aplicar con la emisión de una Directiva del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; pero, no debemos olvidar la enorme carga procesal que soportan hoy en día los Juzgados Laborales del país, la misma que debe continuar siendo tramitada a la luz de la Ley N° 26636.

Lo señalado en el párrafo precedente complica la inmediata implementación de la NLPT, especialmente en la Corte Superior de Justicia de Lima, en donde funcionan 29 Juzgados permanentes y 5 transitorios. Si los 29 Juzgados permanentes empezarán con Carga Cero, entonces sus expedientes deberían pasar a los 5 Juzgados transitorios, los que actualmente se encuentran abarrotados de expedientes, lo que francamente constituiría un despropósito.

La otra salida sería crear tantos Juzgados transitorios como Juzgados permanentes existen hoy en día; pero, ello traería consigo una enorme inversión en recursos del Poder Judicial, dado que ello no implicaría únicamente la contratación de 29 nuevos Jueces, sino que debería contarse con el mismo número de juzgados, lo que representa contratar nuevos peritos, especialistas legales, asistentes de juez, notificadores, y todo lo que la creación de juzgados amerita.

En ese escenario, cabe preguntarse ¿Qué debe hacer el Poder Judicial con las demandas que actualmente se encuentran en trámite con la Ley N° 26636? ¿Y qué hacer con los procesos que se encuentran actualmente en ejecución de sentencia tramitados con el Decreto Supremo N° 03-80-TR?

La respuesta a estas interrogantes no es otra que la creación de nuevos juzgados, no existiendo en este punto fórmulas imaginativas o soluciones creativas al problema de la carga. La única solución a este problema no es otro que la creación de juzgados de descarga procesal, con todo el gasto que ello genera.

En este punto, merece hacerse una nueva pregunta a manera de reflexión: ¿No es momento de establecer un número máximo de procesos por juzgado? Ello siguiendo estándares internacionales a efectos y que no vuelva a suceder lo que ha precipitado la modificación de la Ley N° 26636: un descontrolado ingreso de demandas a los juzgados que ha terminado por crearse una inmanejable carga procesal que trae consigo el descontento de los litigantes y el correspondiente desprestigio de la judicatura.

La respuesta a la interrogante planteada en el párrafo precedente es, sin lugar a dudas que sí, debiendo el Poder Judicial implementar una política referida

al número máximo de procesos que puede soportar un juzgado, y, una vez superado dicho número, deben crearse uno nuevo. Ello también puede ayudar a evaluar la producción jurisdiccional de los jueces y puede lograr que se tenga un constante número de procesos cuya atención sea razonable.

VI. CONDICIONES ADICIONALES

Algunas consideraciones adicionales a tener en cuenta para una eficiente marcha del proceso laboral:

1. Notificaciones Electrónicas

Como dijimos anteriormente, uno de los puntos que ha resultado ser un problema grave en el proceso laboral actual es el tema de las notificaciones. Es poco probable que un usuario del sistema actual de notificaciones judiciales no considere que el mismo ha colapsado.

Frente a este sombrío panorama actual de las tradicionales notificaciones a casillas personales se presenta la notificación electrónica, que nos brinda varias ventajas respecto al sistema actual: (i) rapidez en su envío; (ii) eficiencia y control en su recepción; (iii) cuidado de medio ambiente; y, (iv), confiabilidad en su utilización, pudiendo inclusive guardarse registro del día y hora exacto de notificación a la bandeja de correo receptor.

Ello, pues, hace inminente su inmediata implementación, inclusive para los procesos en trámite.

2. Expediente Virtual

Siguiendo con la tendencia mundial, debe irse dejando de lado la utilización del formato de papel, dando cabida a la digitalización de los documentos, lo cual no solo resulta ser más económico, sino que también cuida y protege el medio ambiente.

Por ello, debe existir una política en el Poder Judicial tendiente a lograr que todos los expedientes sean digitalizados, creándose un expediente electrónico, que inclusive puede estar al alcance de los justiciables vía internet con acceso mediante claves y registros electrónicos.

Ello evitaría el constante apersonamiento de las partes a la secretaría del juzgado para dar lectura al expediente y haría una justicia más transparente y por lo tanto confiable.

3. Archivos Digitales

Una vez terminado el proceso, las partes deberían solicitar sus actuados para la conservación de sus documentos, pudiendo quedar en el Poder Judicial únicamente un registro digital o electromagnético del mismo, lo cual ahorraría dinero en inmuebles y lograría un almacenamiento confiable, seguro y de rápida ubicación.

Así, debe de analizarse detenidamente esta posibilidad, dado que los archivos judiciales hoy en día se encuentran muy congestionados.

VII. FONDO DE FORMACIÓN

Como referimos líneas arriba, la Duodécima Disposición Complementaria de la NLPT establece un fondo de formación que debe servir no solo para la capacitación de jueces, sino que también de los auxiliares jurisdiccionales.

Este fondo de formación debe tener una segunda misión: efectuar un seguimiento continuo del desarrollo de los procesos laborales a efectos de proponer modificaciones legislativas en caso sean necesarias o la propuesta de Directivas para que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial pueda implementar algunas reformas al proceso laboral.

Lo que no trae la NLPT es la forma cómo debe administrarse este fondo, motivo por el cual ello ameritaría una reglamentación para que no quede únicamente en una buena idea.

VIII. CONCLUSIONES

1. La NLPT nos propone un retador cambio de mentalidad que debe sostenerse con políticas destinadas a implementar la referida norma procesal.
2. En las condiciones actuales, resultaría inviable aplicar la NLPT, sobretudo en distritos judiciales en donde se cuenta con una gran congestión de procesos laborales, debiendo previamente proceder a realizar ciertas acciones tendientes a viabilizar la correcta aplicación de la Ley.
3. La capacitación de todos los agentes involucrados en la norma debe ser no solo inicial, sino que debe sostenerse en el tiempo a efectos de que sea constante y permanente, existiendo para tal efecto un fondo de formación que la propia NLPT establece.
4. Debe tenerse una clara política judicial que sustente la NLPT y le otorgue viabilidad a la reforma planteada.

LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Mónica Pizarro Díaz^(*)

I. PRESENTACIÓN

Cómo es sabido, la Ley N° 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), tiene por vocación generar una profunda transformación del proceso laboral en el Perú, convirtiéndolo en un verdadero proceso oral⁽¹⁾. El objetivo declarado de este cambio es lograr un proceso más breve y más simple, que permita el acceso a la justicia a sectores de la población que hasta el momento han sido excluidos⁽²⁾. Asimismo, se espera que la implementación del proceso oral contribuya al respeto de algunos principios procesales (principalmente los de inmediación y publicidad) y ayude a reducir la corrupción en el Poder Judicial⁽³⁾.

Empero, los cambios que se introducirán en nuestro sistema legal como consecuencia de la aplicación de esta nueva norma, no son solo aquellos derivados de la transición de la escrituración a la oralidad. Por el contrario, en nuestra opinión, la NLPT constituye también un esfuerzo de construcción de un sistema procesal más inspirado en el carácter tuitivo del derecho del trabajo, pues, como nos recuerda el

(*) Abogada del Estudio González & Asociados Consultores Laborales. Alumna de la Maestría en Derecho Social Interno, Europeo e Internacional de la Universidad de Estrasburgo.

(1) Al respecto puede verse: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Oralidad, el nuevo paradigma". En: *Soluciones Laborales*. N° 25. Gaceta Jurídica. Lima, enero 2010, pp 54-60.

(2) Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República recaído sobre los proyectos de Ley que dieron origen a la Ley N° 29497, p. 7.

(3) *Ibid*, p. 9.

profesor Cruz Villalón, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español: “el rol tuitivo a favor del trabajador propio de la legislación laboral ha de tener también sus consecuencias en el terreno procesal; así, afirmará nuestro Tribunal Constitucional que el carácter de “ordenamiento compensador e igualador” también es referible al proceso de trabajo⁽⁴⁾”.

En efecto, en tanto la situación de desigualdad entre las partes que caracteriza la relación laboral no desaparece por el hecho de trasladarnos a un proceso judicial, el derecho procesal del trabajo requiere establecer mecanismos que compensen esta desigualdad y posibiliten que las partes litiguen en una real igualdad de condiciones. En este marco, el mecanismo “compensador e igualador” por excelencia resultan ser las presunciones y la inversión de la carga de la prueba⁽⁵⁾. Sin embargo, este mecanismo no es el único, al contrario, el carácter tuitivo del derecho del trabajo también puede manifestarse de otras maneras al interior del proceso laboral, principalmente a través de⁽⁶⁾:

- (i) Las medidas destinadas distribuir la carga económica del proceso, que permiten a los trabajadores el acceso gratuito (o menos oneroso) a la justicia.
- (ii) La atribución al juez de facultades de iniciativa y dirección del proceso que normalmente benefician al trabajador, como: la facultad de sancionar las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad (art. 22 de la NLPT), la autorización de generar presunciones derivadas de la conducta de las partes (art. 29 de la NLPT), la necesidad de que el acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes sea aprobado por el Juez (art. 30 de la NLPT); entre otros.
- (iii) El distinto tratamiento dispensado a las partes con relación a la posibilidad de recurrir la sentencia que les ha sido contraria, mecanismo que no ha sido adoptado en la NLPT.
- (iv) La simplificación del proceso que permite un real acceso a la tutela judicial efectiva a los sectores de menores recursos. Por ejemplo, a través de la eliminación de la defensa cautiva para determinados tipos de proceso y la implementación de formatos pre elaborados de demanda que son puestos a disposición de los litigantes.
- (v) Las facultades de actuación procesal reconocidas a las organizaciones sindicales en defensa de sus afiliados.

(4) CRUZ VILLALÓN, Jesús. “*Los Principios Informadores del Proceso de Trabajo en España*”. En: *Soluciones Laborales*. N° 28. Gaceta Jurídica. Lima, abril 2010, p. 51.

(5) Sobre la distribución de la carga de la prueba y las presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo puede verse: PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “La Carga de la Prueba y las Presunciones en la nueva Ley Procesal del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 27. Gaceta Jurídica. Lima, marzo 2010, pp. 62-70.

(6) Listado propuesto por CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit., p. 52.

En este marco, el presente trabajo tiene como propósito precisamente analizar este último mecanismo: la posibilidad de que las organizaciones sindicales actúen en el proceso en representación de sus afiliados. Posibilidad que ha sido introducida por la NLPT y que, a nuestro juicio, se justifica jurídicamente en tanto que mecanismo “igualador” sustentado en el carácter tuitivo del derecho del trabajo.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN EL PROCESO LABORAL

1. La Legitimidad indiscutida: participación de las Organizaciones Sindicales en conflictos colectivos.

Según se recordará, respecto a la participación de las organizaciones sindicales en los procesos laborales, la Ley N° 26636, anterior Ley Procesal del Trabajo establecía en su Artículo 9 lo siguiente:

“Artículo 9.- CAPACIDAD DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES.- Las organizaciones sindicales y asociativas constituidas y reconocidas de acuerdo a ley, tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que les son propios”.

De la norma transcrita queda claro que, de acuerdo a lo indicado por nuestro ordenamiento procesal laboral los sindicatos tenían legitimidad para participar en los procesos en los cuales se discutan intereses de carácter colectivo. Esta legitimación de la organización sindical para iniciar un proceso en el cual se defienda el interés colectivo está también reconocida en las normas sustantivas por el inciso a) del Artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽⁷⁾ y ha sido igualmente recogida en la primera parte del artículo 8.2 de la NLPT, de acuerdo con el cual: *“Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos (...)”*.

De lo anterior debe admitirse que, según las normas tanto sustantivas como procesales existentes en nuestro ordenamiento, las organizaciones sindicales, se encuentran facultadas para participar en procesos judiciales en los cuales se materialicen conflictos colectivos.

En esta línea de ideas, para determinar cuál es el marco de acción que le confieren estas normas a las organizaciones sindicales será necesario establecer en cada caso ante que tipo de conflicto nos encontramos. Al respecto, conviene recordar que el tipo de interés que es materia de los procesos es utilizado como elemento de clasificación de los mismos. Así, según el interés sobre el que versa la controversia,

(7) **“Artículo 8.-** Son fines y funciones de las organizaciones sindicales:

a. Representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.

(...)”

los conflictos laborales pueden clasificarse en: (i) colectivos, (ii) individuales y (iii) plurales o plurindividuales⁽⁸⁾; siendo que en los primeros el interés discutido es uno de carácter colectivo y en los últimos uno individual que, sin embargo, puede implicar a uno o varios trabajadores.

Si bien la diferenciación entre las controversias jurídicas individuales y colectivas es un problema respecto del cual no existe una posición unánime en la doctrina, si existe consenso absoluto para señalar que la distinción no es cuantitativa: una controversia no es colectiva porque participen muchos trabajadores (ni siquiera porque participe la totalidad), ya que el número lo único que hace es convertir en plural, pluralizar una suma de acciones individuales (es precisamente para este tipo de casos que aparece la categoría de conflicto plural y plurindividual). Así, es perfectamente posible tanto que exista un conflicto colectivo en el que se involucre a un solo trabajador (aunque esta situación es poco frecuente), como que exista un conflicto individual en el que participen la totalidad de los trabajadores de la empresa, que devendrá por este hecho plural.

En esta línea de ideas, al margen del número de trabajadores involucrados, el carácter colectivo del conflicto dependerá del tipo de interés que es objeto de la controversia. Dicho de otro modo:

“La dimensión colectiva es, por otro lado, insoslayable para la caracterización del conflicto colectivo, en el que, por definición, late una controversia de alcance o repercusión colectiva. En el conflicto colectivo se debate algo más que el mero interés individual, ya que están presentes intereses de grupo o categoría, que afectan globalmente a todos los comprendidos en una determinada situación. En él concurre un “interés colectivo”, bien sea como interés abstracto y común a todos los pertenecientes a un mismo grupo, bien sea como resultado de la multiplicación y extensión de controversias originalmente individuales”⁽⁹⁾. (el subrayado es nuestro)

De lo anterior tenemos que es colectivo un conflicto en el que se discute un interés general. Empero, es claro que la noción de interés general es de por sí tan abstracta como la de conflicto colectivo por lo cual requerimos aún precisarla. Al respecto, nos parece adecuada la definición elaborada por Ojeda, quién indica que el interés general es aquel que afecta en conjunto a una categoría de trabajadores o a un grupo profesional sin una posible o al menos fácil individualización⁽¹⁰⁾. Esta

(8) Esta clasificación ha sido recogida por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La regulación de los conflictos laborales en España: entre la garantía de autotutela y el fomento de los sistemas autónomos de solución” En: M. S. VELARDE ARAMAYO. *Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 239-266.

(9) Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez- Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia. *Derecho del Trabajo*. Tercera Ed. Revisada, Tecnos. Madrid, 1994. p. 138

(10) OJEDA AVILES, Antonio. *Derecho Sindical*. Tecnos. Séptima ed. Madrid, 1995. p. 401.

definición permite distinguir claramente a los conflictos colectivos de los conflictos plurales que, como bien ha indicado Sanguinetti, son aquellos “en los que se registra una mera yuxtaposición o suma de intereses individuales, derivada de la actuación conjunta de varios trabajadores en defensa de los intereses personales de cada uno⁽¹¹⁾”.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente tomar en consideración que nuestra propia definición de interés general trae implícita la posibilidad de que el interés general pueda ser, aunque de forma complicada, individualizable o divisible. Así, en muchos supuestos, el conflicto colectivo puede también ser judicializado a través múltiples conflictos individuales. Por ejemplo, si bien la interpretación que deba darse a una cláusula del convenio colectivo que contiene un beneficio para los trabajadores es indudablemente de interés colectivo. También es posible que en el mismo caso cada trabajador inicie un proceso judicial en el que solicite al juez el pago del beneficio en cuestión, supuesto en el cual el órgano jurisdiccional deberá decidir sobre la correcta interpretación de la respectiva cláusula del convenio antes de resolver la petición concreta que le ha sido presentada. Como vemos, la naturaleza colectiva del conflicto no es inflexible y puede también depender de la forma en la cual los sujetos afectados se organicen y planteen la controversia.

2. La Legitimidad controvertida: participación de las organizaciones sindicales en conflictos plurales e individuales.

Si bien no existe controversia respecto a la posibilidad de participación de las organizaciones en conflictos colectivos, la situación no es la misma en el caso de los conflictos individuales (o plurales, que se rigen por las mismas normas) en representación de sus dirigentes o afiliados. Sobre este punto, resulta pertinente recordar lo dispuesto por el literal c) del Artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el cual establece que:

“Artículo 8.- Son fines y funciones de las organizaciones sindicales:

(...)

c) Representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor”. (el subrayado es nuestro)

Sobre la base de esta norma, durante la aplicación de la Ley N° 26636 muchas organizaciones sindicales han pretendido iniciar procesos judiciales en representación de sus afiliados sustentándose en el mero hecho de la afiliación y sin contar con un poder expreso otorgado con tal fin.

(11) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 249.

Al respecto, debe admitirse que de la norma citada es posible extraer dos interpretaciones: (i) que las organizaciones sindicales pueden participar en representación de sus afiliados en los conflictos de carácter individual, aún sin contar con la autorización de estos últimos o (ii) que las organizaciones sindicales pueden participar en los procesos en los que se discutan intereses individuales, siempre y cuando cumplan con las formalidades establecidas por las normas pertinentes según sea el caso.

Empero, nos resulta evidente que la determinación de si las organizaciones sindicales pueden o no representar a sus dirigentes o afiliados por el solo hecho de serlo no puede realizarse únicamente sobre la base de la interpretación de la regulación sustantiva, más aun cuando esta no permite una interpretación fuera de dudas. Así, en nuestra opinión, para determinar cuál de las dos interpretaciones resulta correcta en el marco de nuestro sistema procesal, se hace necesario realizar una lectura conjunta de esta norma con las normas procesales pertinentes.

Con relación a este punto, el Artículo 9 de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, citado anteriormente, estableció específicamente que la capacidad procesal de las organizaciones sindicales se refiere exclusivamente a la defensa de los derechos colectivos que le son propios. En vista de lo anterior, de acuerdo con la norma procesal anterior, los sindicatos no tendrían legitimidad para representar por si mismo a sus afiliados en los procesos laborales en los que se discutan cuestiones de carácter individual, con lo cual la primera interpretación propuesta debe descartarse.

No obstante, ello no significa que, en el marco de la Ley N° 26636, el sindicato no hubiese podido representar a sus afiliados al interior de un proceso judicial. Lo que sucede es que para ello, la organización sindical, como cualquier otro representante, se encontraba obligada a cumplir con las formalidades exigidas por la norma, es decir, debía contar con un poder otorgado por el trabajador o trabajadores cuya representación pretende detentar.

Esta última interpretación, resulta coherente además con lo establecido expresamente por el tercer párrafo del artículo 10 de la propia Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, el cual dispuso que:

“Los trabajadores pueden conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembros”.

Si bien la solución adoptada por nuestra anterior Ley Procesal del Trabajo podía ser materia de discusión, esta resultaba acorde con el principio dispositivo que inspira nuestro proceso civil⁽¹²⁾ y que no había sido cuestionado por el

(12) Al respecto, el Artículo IV del Código Procesal Civil establece que:

Artículo IV.- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.-

El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.(...)

ordenamiento laboral. Principio de acuerdo con el cual son los titulares de derechos y obligaciones quienes deben decidir si desean ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, esta solución ha sido descartada por la NLPT, que ha decidido a favor del carácter tuitivo del derecho del trabajo y en contra del principio dispositivo, señalando en su artículo 8.3. que *“Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones”*.

Así, en el marco de la NLPT, las organizaciones sindicales podrán presentar demandas en nombre de sus afiliados o dirigentes, sin contar con el consentimiento expreso de estos. Inclusive, el inicio del proceso podría producirse sin el conocimiento de los trabajadores afectados, como reconoce la NLPT al colocar sobre los hombros del empleador la carga de informar a los trabajadores demandantes acerca de la demanda interpuesta. Obligación que, además, puede ser incumplida por el empleador sin que esto afecte el trámite del proceso, ni su validez.

Por ende, al menos teóricamente, la NLPT permite que un proceso judicial sea iniciado y tramitado íntegramente sin que el trabajador beneficiario de la demanda tenga ningún conocimiento del mismo, exigiéndose su participación únicamente para el cobro de los beneficios económicos que pudiesen haberse generado a su favor.

Según se observa, las facultades de representación concedidas a las organizaciones sindicales por la NLPT resultan bastante amplias. Empero, en tanto no existe ninguna disposición de rango superior al legal que obligue a la aplicación del principio dispositivo en materia procesal laboral, deberá admitirse que se trata de una opción legislativa válida.

III. LOS LÍMITES DE LA REPRESENTATIVIDAD CONCEDIDA A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

Si perjuicio de lo indicado en el punto precedente, debemos destacar que, si bien las facultades de representación concedidas a las organizaciones sindicales por la NLPT son bastante amplias, estas no permiten a dichas organizaciones participar en todos los casos en los cuáles un conflicto originado en la relación laboral sea judicializado, como veremos a continuación.

1. La imposibilidad de representar sin poder a los ex trabajadores y a los trabajadores

En primer término, debe resaltarse que el artículo 8.3. de la NLPT es claro al indicar que la facultad de representación concedida a las organizaciones sindicales se extiende únicamente a sus dirigentes y afiliados. Por ende, las organizaciones sindicales no podrán ejercer la representación procesal sin poder de los trabajadores

que se encuentre afiliados a ellas, aún en los casos en los cuáles el conflicto se vincule a la aplicación de un convenio colectivo extensible al íntegro de los trabajadores del ámbito por tratarse de un sindicato mayoritario.

En esta misma línea de ideas, debe recordarse que nuestra normativa exige como condición para afiliarse a sindicato el “ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato⁽¹³⁾”. Por lo tanto, aquellas personas cuyo vínculo laboral queda extinguido al perder la condición de trabajadores, pierden también la posibilidad de ser afiliados a un sindicato. En consecuencia, toda vez que los ex – trabajadores no pueden ser considerados como afiliados, las organizaciones sindicales no podrán ejercer su representación judicial alegando la aplicación del artículo 8.3. de la NLPT. Excepción hecha de los procesos de nulidad de despido, en los cuáles se cuestionen la validez misma del despido y por lo tanto, se discute si la persona mantiene o no la condición de trabajador.

2. La representación en los procesos e amparo

Como es sabido, pese a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, que ha determinado que el proceso de amparo se convierta en un proceso residual y deje de ser una vía alternativa, en nuestro sistema de relaciones laborales existen aún un buen número de conflictos individuales que se someten a la justicia constitucional a través del amparo, en especial aquellos derivados del cese injustificado del trabajador.

Atendiendo a este hecho, conviene recordar que la legitimación para interponer demandas de amparo se encuentra regulada por el artículo 39 del Código Procesal Constitucional, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 39.- Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo”.

En aplicación de la norma transcrita, debe concluirse que en los casos en los cuáles sean los trabajadores individualmente considerados los titulares de los derechos supuestamente vulnerados, serán ellos los únicos legitimados a iniciar una acción de amparo para que se restituya su derecho o a designar un representante que inicie el proceso en su nombre.

Así, toda vez que es jurídicamente imposible pretender la aplicación del artículo 8.3. de la NLPT en los procesos constitucionales, las organizaciones sindicales no podrán representar a sus afiliados o dirigentes en los procesos de amparo cuando no cuenten con un poder que los autorice expresamente para tal fin.

(13) Artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

IV. REFLEXIÓN FINAL: LA INNECESARIA IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DEL ÍNTEGRO DE LAS DISPOSICIONES DE LA NLPT

La Ley N° 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo, fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 15 de enero de 2010, de acuerdo a lo previsto por su Novena Disposición Final, la Ley Procesal del Trabajo entraría en vigencia a los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio de 2010.

Sin embargo, dicha entrada en vigencia no implica una real aplicación de la nueva norma. Al contrario, la propia Ley ha dispuesto que su puesta en práctica sería progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. En este marco, para el año 2010 se ha previsto que la NLPT se aplicará solo en cinco de los veintiocho distritos judiciales existentes en el país. Aplicación que, por el momento, no incluye el distrito judicial de Lima, el cual concentra una buena parte de los procesos laborales que se tramitan en el país.

Así, pese a la anunciada entrada en vigencia de la NLPT, en realidad la mayor parte de los procesos laborales que se inician cada día en el Perú continúan sujetándose a lo previsto por la Ley N° 26636.

Al respecto, es innegable que la aplicación inmediata de la NLPT a nivel nacional hubiese resultado imposible, toda vez que la puesta en práctica del proceso oral que ella promueve requiere contar con una serie de elementos tecnológicos de los que no disponen el íntegro de los juzgados y salas laborales.

Sin embargo, tal como hemos visto, la NLPT trae consigo modificaciones al proceso laboral que son independientes de la transformación del proceso en uno de tipo oral. Nos referimos aquí en especial a aquellas modificaciones destinadas a hacer del proceso laboral un proceso más tuitivo, que vimos al inicio, como las nuevas reglas de distribución de la carga de la prueba o las facultades de representación procesal concedidas a las organizaciones sindicales que han sido objeto de este trabajo.

Evidentemente, la aplicación de estas normas no requiere la implementación de ninguna tecnología en particular, ni genera ningún costo particular que deba ser asumido por el presupuesto del Poder Judicial, ni resulta incompatible con el funcionamiento del proceso escrito de la Ley N° 26636. Por lo tanto, la dilación en su puesta en práctica carece de sustento. Si no es posible esgrimir el argumento económico ni el de la necesidad de contar con un equipamiento en particular, ¿Cómo justificar que un sindicato en Lima tenga menos facultades para representar a sus afiliados que un sindicato en Arequipa o que un trabajador en Cusco se vea obligado a afrontar una carga probatoria mayor de aquella que debe cumplir un trabajador en Trujillo?. A nuestro juicio, no existe ninguna justificación.

En esta línea de ideas, si el objetivo de la NLPT es también implementar un proceso más “igualador”, estimamos que, mientras esperamos la atribución de los recursos técnicos y económicos que permitan la implementación del proceso oral en todos los distritos judiciales, deberíamos permitir la aplicación inmediata de las disposiciones tuitivas de la NLPT que no son incompatibles como el trámite del proceso escrito a nivel nacional, de tal manera que los litigantes obtengan el trato más equitativo que se les pueda brindar.

LA REPRESENTACION SINDICAL EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

César Puntriano Rosas^()*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: APUNTES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL

Para entender la intervención de la organización sindical en defensa de sus afiliados en el proceso laboral como manifestación de la libertad sindical de gestión externa resulta de gran relevancia a manera de estudio previo, conceptualizar algunos alcances sobre el derecho fundamental a la libertad sindical.

Como lo afirma el profesor Villavicencio⁽¹⁾, la libertad sindical puede definirse como aquel derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a sindicatos, y el derecho de aquellos y de estas a desarrollar actividades de índole sindical en defensa de sus intereses comunes. Prosigue el autor afirmando que la definición de actividad sindical comprende un elemento organizativo y uno de actividad, refiriéndose el primero a la facultad de constituir sujetos colectivos, mientras que el segundo apunta a la actuación del sujeto colectivo dirigida a la promoción y tutela de los intereses económicos y sociales, fundamentalmente a través de la búsqueda del equilibrio de la desigualdad congénita de los trabajadores individualmente considerados⁽²⁾.

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

(1) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. Programa Laboral de Desarrollo (PLADES). Lima, abril 2010. p. 87.

(2) *Ibid.*, p. 88.

La libertad sindical es un derecho complejo de titularidad fundamentalmente colectiva y de actividad, lo primero puesto que a través de su ejercicio individual se tiene por objetivo el formar parte del sujeto colectivo cuya finalidad es actuar en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, y lo segundo, debido a que los trabajadores constituyen a la organización sindical para actuar⁽³⁾.

Seguidamente detallaremos brevemente los principales derechos que conforman la libertad sindical⁽⁴⁾:

- (i) Libertad sindical individual: Este aspecto se conforma por los derechos de los trabajadores a constituir afiliarse a las organizaciones sindicales que consideren convenientes sin previa autorización y con total libertad, desarrollar actividad sindical (libertad sindical individual positiva), así como el derecho a no afiliarse o desafiarse libremente de las organizaciones sindicales ((libertad sindical individual negativa), sin que ello pueda generarle perjuicio alguno.
- (ii) Libertad sindical colectiva: Conocida también como autonomía sindical, es el derecho de las organizaciones sindicales de autoorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores. Este aspecto de la libertad sindical supone la prohibición del Estado y de cualquier tercero de control o intervenir en el desarrollo de las organizaciones sindicales.

El Tribunal Constitucional, a propósito de la libertad sindical, y en particular de su dimensión plural o colectiva manifestada en la autonomía sindical, ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, que la misma supone que “los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales”.

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽⁵⁾, por su parte, ha afirmado que, “la libertad sindical no solamente

(3) Ibid., p. 95.

(4) Para ello nos basaremos fundamentalmente en VILLAVICENCIO. Ob. cit., p. 95 y ss.

(5) El Comité de Libertad Sindical, órgano tripartito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) creado en el año 1951, tiene por finalidad conocer, tramitar y resolver aquellas quejas que se planteen contra los países miembros de la OIT por infracciones a los principios de la Libertad Sindical derivados de las Normas Internacionales del Trabajo para, en su caso, formular conclusiones y recomendaciones que permitan restablecer y garantizar el ejercicio de los derechos sindicales.

implica el derechos de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales”.

La libertad sindical colectiva implica, la libertad de reglamentación sindical (redactar sus estatutos y reglamentos administrativos), la libertad de elegir a sus representantes, la libertad de gestión interna y externa, la libertad de federación y la libertad de suspensión o disolución. Justamente, el derecho fundamental a la libertad sindical, en su aspecto relativo a la libertad de gestión externa, se refiere a la esfera de acción gremial en representación de los trabajadores afiliados al sindicato, tema objeto del presente estudio en lo relativo al proceso laboral.

El ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, y en particular la libertad de gestión externa por parte de la organización sindical exige que el Estado otorgue garantías reales que permitan a la organización sindical actuar sin injerencia alguna y que en la práctica pueda efectivamente representar a sus afiliados en caso de ocurrir conflictos con su empleador, sea que se encuentren judicializados o no. Precisamente el objeto del presente trabajo es determinar hasta que punto es acorde con el derecho a la libertad sindical la regulación propuesta por la nueva Ley Procesal del Trabajo en materia de representación de las organizaciones sindicales en los procesos judiciales.

Compartimos la opinión de Villavicencio⁽⁶⁾ cuando afirma que, “la promoción de la libertad sindical por parte del Estado, (...) resulta fundamental, puesto que la idoneidad del fenómeno sindical para equilibrar las desiguales relaciones existentes en el mundo del trabajo es incontestable; con lo que no puede soslayarse la actuación estatal necesaria para la materialización del Estado Social de Derecho canalizada a través del apoyo y tutela de la libertad sindical”.

En el Perú, nuestra Constitución Política recoge la obligación expresa del Estado de promover la libertad sindical, cuando en su artículo 28 dispone que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautela su ejercicio democrático, y en particular, garantiza la libertad sindical.

Esta obligación de garantía, de acuerdo a Villavicencio, es un mandato expreso a todos los poderes estatales para que se preocupen de procurar “un habitat suficiente y libre de obstáculos para la expresión de las diversas facultades que conforman este complejo derecho, de instituir los procedimientos y mecanismos dirigidos a tutelar su ejercicio y de establecer las facilidades y prerrogativas necesarias para que pueda expresarse y desarrollarse; puesto que solo así se conseguirán los objetivos constitucionales de protección y defensa de los intereses del

(6) VILLAVICENCIO RIOS. Ob. cit., p. 49

trabajo, búsqueda de una igualdad sustancial y, por lo tanto, de lucha contra las desigualdades”⁽⁷⁾.

A nivel legal, el artículo 4 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, establece la obligación de protección estatal al disponer que “el Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coartar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicación de los trabajadores, y de intervenir de modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que estos constituyen (...)”.

La OIT en el Convenio N° 98⁽⁸⁾, ha dispuesto que “(...) las organizaciones de trabajadores (...) deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”.

Nuestro TC en la sentencia recaída en el expediente 01139-2007-PA/TC señaló que⁽⁹⁾ “(...) la libertad sindical como derecho constitucional implica la instauración de garantías positivas y negativas. La protección negativa se plantea frente al Estado y se dirige a la remoción de todos los obstáculos y restricciones que impidan el libre ejercicio de la libertad sindical. La protección positiva supone la implementación de medidas frente al empleador, principalmente, dirigidas a garantizar la efectividad del derecho por medio del establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio”.

De lo expuesto en el presente numeral se habrá podido advertir que la intervención sindical en el proceso laboral en representación de los trabajadores comprendidos en su ámbito, como expresión del aspecto dinámico y colectivo de la libertad sindical supone el ejercicio de un derecho fundamental de titularidad colectiva (de la organización sindical) y que a su vez conlleva la existencia de un derecho de titularidad individual que ostenta el trabajador representado por el sindicato, dado que su afiliación al mismo tuvo como objeto el ser defendido ante su empleador, quien jerárquicamente ostenta una posición superior en la relación laboral.

Conviene entonces analizar las reglas de legitimación procesal del sindicato prevista en la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, para lo cual nos referiremos al estado de la cuestión en la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, aún vigente en la mayoría de Distritos Judiciales del país⁽¹⁰⁾.

(7) Ibid., p. 62.

(8) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 14712 del 18 de noviembre de 1963.

(9) Cita tomada por el Tribunal Constitucional de: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en las Normas y Pronunciamientos de la OIT*. Fondo de Cultura Universitaria. Lima, setiembre 2007, p. 62.

(10) La Ley N° 25497, nueva Ley Procesal del Trabajo, vigente desde el 15 de Julio de 2010, será aplicable en forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del

Para ello en el siguiente numeral analizaremos los criterios esgrimidos por la doctrina en relación al papel de las organizaciones sindicales en los procesos laborales, para luego comentar lo que opina el Tribunal Constitucional sobre la representación sindical, analizar las disposiciones de la Ley Procesal del Trabajo y finalmente el nuevo criterio planteado por la nueva Ley Procesal del Trabajo.

II. EL PAPEL DEL SINDICATO EN EL PROCESO LABORAL. SUPUESTOS

Según lo afirma el profesor Palomeque en un interesante trabajo⁽¹¹⁾, la presencia de la organización sindical en el proceso de trabajo ofrece, amén de la experiencia de la historia comparada del enjuiciamiento laboral, una doble vía o forma de expresión:

- (i) El supuesto de sindicalización del órgano juzgador, referido a aquellos casos en que los tribunales o jurados mixtos se encontraban compuestos por obreros y fabricantes, como es el caso español hasta 1938. Así, refiriéndose a la realidad española, el autor manifiesta que la representación de clase en sus tribunales de trabajo se reconduce a un doble ciclo, en primer lugar, al sistema de designación individual de representantes propio de los Tribunales Industriales al amparo de su ley constitutiva de 1908, y en segundo lugar el sistema de designación sindical de representantes. En el caso de la designación individual los litigantes procedían en forma individual a la designación, de entre un cuerpo de jurados, de los representantes de empleadores y obreros, que bajo la presidencia del Juez de primera instancia conformaban el Tribunal industrial. En el segundo caso, la designación de los jurados de representantes de obreros y empleadores se realiza por los sindicatos de obreros y asociaciones patronales incluidas en el censo electoral social del Ministerio de Trabajo.
- (ii) La sindicalización de la pretensión, referida a la condición de parte procesal del sindicato, lo cual requiere una delimitación adicional:
 - a. El sindicato actúa en condición de parte procesal en ejercicio de derechos o intereses de la propia organización o grupo como persona jurídica. En este supuesto se encuentran comprendidas las acciones que ocurren con ocasión de una escisión sindical para reivindicar un elemento del

Poder Judicial. En aquellos distritos judiciales en los que no se disponga su aplicación, seguirá rigiendo la actual Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636. Es importante precisar que, al cierre de la elaboración de la presente ponencia, la Nueva Ley Procesal ya rige en los Distritos Judiciales de Tacna (15 de Julio) y Cañete (16 de agosto). Debiendo posteriormente regir en La Libertad (1 de setiembre), Arequipa (1 de octubre) y Lambayeque (2 de noviembre).

(11) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. "Sindicato y proceso de trabajo". Tomado del portal web del *Centro de Estudios Político Constitucionales del Ministerio de la Presidencia del Reino de España*. <<http://www.cepc.es>>.

patrimonio sindical originario, o las que derivan del contenido obligatorio de un convenio colectivo⁽¹²⁾, en suma, las derivadas de las relaciones materiales entre sindicatos de trabajadores y asociaciones de empleadores.

Para esta actuación sindical, la organización viene premunida de una legitimación procesal directa o propia, dada su condición de titular de la relación jurídica sustantiva (material).

- b. El sindicato actúa en condición de parte procesal en acciones que se derivan de las relaciones individuales de trabajo de sus afiliados. Nos encontramos ante un supuesto de sindicalización de acciones individuales que puede operar en un doble ámbito:
 - i. Actuación la organización sindical como parte en una controversia individual de trabajo en atención a la presencia de un interés sindical o de clase a defender.
 - ii. Actuación del sindicato en una controversia individual pero en defensa de un interés puramente individual del trabajador.

En las líneas que siguen estudiaremos con mayor detalle la actuación sindical en el marco de una controversia individual de trabajo, que es a nuestro entender el supuesto que ha sido objeto de cambio por parte de la nueva Ley Procesal del Trabajo, a raíz de la limitación procesal prevista por la Ley 26636, pues queda claro que si el interés es colectivo, la organización sindical es la llamada a actuar en representación del mismo.

- (i) Actuación sindical en acciones derivadas de la relación laboral cuando existe un interés sindical o de clase a defender

Según lo afirma Palomeque⁽¹³⁾, el derecho francés allá por el año 1920 resolvió en sentido positivo la cuestión relativa a la capacidad de las organizaciones sindicales en defensa de sus intereses de clase al señalar que, “los sindicatos pueden ante todas las jurisdicciones, ejercitar todos los derechos reservados a la parte civil, en relación con los hechos que supongan un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de la profesión que representen”.

(12) Recordemos que, como lo señala la doctrina el convenio colectivo tiene naturaleza dual: una parte normativa y otra obligacional, pudiéndose identificar una tercera, llamada por nuestro ordenamiento delimitadora (artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). La primera parte comprende aquellas cláusulas que establecen derechos y obligaciones para los trabajadores abarcados, cuya titularidad es individual; la segunda, las que lo hacen para los propios sujetos pactantes, generando derechos y obligaciones de titularidad colectiva; y la tercera, las que establecen las reglas para la aplicación del convenio colectivo mismo. Son así cláusulas normativas las que se refieren a las remuneraciones, bonificaciones, jornadas, horarios, descansos, beneficios sociales, etc.; obligacionales, los que otorgan facilidades al sindicato para el desarrollo de sus actividades, como la concesión de un local, o establecen comisiones para la administración del convenio colectivo; y delimitadoras, las que disponen para quiénes rige, en qué ámbito, desde cuándo y hasta cuándo.

(13) PALOMEQUE. Ob. cit., p. 60.

Añade el autor que la defensa de la individualidad de la causa propia para legitimar, cuyo efecto es la exclusión de la actuación procesal del sindicato, se situaría en separar al interés individual del colectivo: “la lesión de un derecho o interés individual, en que resulte directamente perjudicado tan solo un singular trabajador y no la profesión entera, abrirán las puertas a una acción de la persona lesionada y no a la tutela judicial por parte del sindicato⁽¹⁴⁾”.

En cuanto a la diferenciación doctrinaria entre el interés individual o conflicto individual, y el colectivo, podemos afirmar que el conflicto individual de trabajo supone la oposición de un trabajador singular a su empleador, singular también. Este conflicto se origina en un solo contrato de trabajo, presente o extinguido. El conflicto colectivo por su parte, enfrenta a uno o varios empresarios con una pluralidad de trabajadores, siendo además preciso que el tema materia del conflicto afecte al conjunto laboral en cuanto tal, y solo en sus consecuencias a los componentes del mismo, de manera que los integrantes se vean afectados por formar parte del conjunto o colectividad.⁽¹⁵⁾

El profesor Russomano enseña que en los conflictos individuales, las partes defienden intereses propios, suyos y de nadie más, resultantes de situaciones o prerrogativas personales, mientras que en los colectivos, la fuente de pretensión no se encuentra en el privilegio de ningún trabajador o empresario en particular, sino que el interés pertenece al grupo profesional o económico, en el cual los trabajadores o empresarios que participan pierden la identidad personal⁽¹⁶⁾.

Para Fernando Elías⁽¹⁷⁾, una reclamación colectiva es aquella, en que “(...) el derecho afectado por el empleador tiene como titulares a la pluralidad de trabajadores que se encuentran dentro de la misma situación. Se trata de un incumplimiento legal o contractual que afecta a más de un trabajador de manera uniforme. Casos de conflictos jurídicos colectivos serían el incumplimiento del horario de trabajo o modificar de manera general horarios de trabajo (...)”.

La jurisprudencia nacional ha calificado como manifestaciones de conflictos colectivos al incumplimiento de obligaciones legales y convencionales. Así, en la resolución recaída en el Expediente N° 4169-98-IDL-A, se señala que: “(...) los conflictos colectivos son aquellos en los que se perjudica de manera uniforme a toda la colectividad de trabajadores que representa el

(14) Ibid., p.61.

(15) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Editorial Civitas. 19na Edición. Madrid, 2001, p. 978.

(16) Para un mayor detalle en cuanto a las definiciones sobre conflicto individual y conflicto colectivo, y sus diferencias nos remitimos a LOUSTAUNAU, Nelson. “Competencia *rationae materiae* de la justicia del trabajo”, publicado en el boletín electrónico de la Asociación Uruguaya de Abogados Laboralistas, correspondiente al mes de Mayo de 2006.

(17) ELIAS MANTERO, Fernando. “Comentario exegético del artículo 8 del Decreto Ley 25593”. En: *Revista Actualidad Laboral* N° 325, julio de 2003. p. 19.

sindicato como el incumplimiento de disposiciones legales y convencionales para lo cual el sindicato tiene plena capacidad de representación procesal de sus miembros”.

Vemos que la diferencia entre conflicto individual y colectivo, se basa en el interés que persigue cada uno de ellos, en el individual se trata de un interés concreto de una o más personas determinadas, mientras que en el colectivo el interés es abstracto o de categoría.

Es importante también referirnos al conflicto plural, entendido como aquel en que varios trabajadores son afectados singular y simultáneamente (suma de conflictos individuales) no en virtud de una causa que afecte al conjunto laboral. La distinción entre conflicto plural y colectivo, a decir de la doctrina es borrosa y causa de dudas debido a la superposición de los planos individual y colectivo de un mismo conflicto y la posibilidad que se genere un conflicto de dimensiones colectivas como resultado de la multiplicación de las controversias originalmente individuales⁽¹⁸⁾. En esa medida, a efectos de caracterizar adecuadamente al conflicto colectivo se propone superar la noción de interés colectivo del grupo afectado (elemento objetivo) y otorgar relevancia al hecho (subjetivo) de la asunción y defensa del conflicto por sujetos colectivos. “La gestión colectiva o sindical del conflicto habría de ser, así, el elemento determinante de su naturaleza colectiva⁽¹⁹⁾”.

Siguiendo al maestro Plá, tratándose de un conflicto plural, “existiría un proceso individual acumulativo no un proceso colectivo, (...) al Juez no se le pide la tutela del interés abstracto de categoría, sino la tutela del interés concreto de individuos singulares, cuya eventual coincidencia, tiene un valor totalmente relativo”⁽²⁰⁾.

El profesor Palomeque⁽²¹⁾ afirma en forma crítica a la distinción teórica entre interés individual y colectivo que, “no parece, en verdad, a poco que se reflexione, sino que las presuntas controversias de trabajo exclusivamente individuales, esto es, pretendidamente privadas de cualquier incidencia sobre el interés de los grupos a los que las partes en litigio pertenecen, existan probablemente en lo que se ha denominado equipaje cultural de los juristas (...)”. Añade el autor que “el interés sindical es así el interés del trabajador en su traducción colectiva, no ya el interés del grupo o la categoría sino el interés de la clase. El interés del trabajador no deja de ser, correlativamente, el propio interés del sindicato”⁽²²⁾.

(18) ALONSO OLEA, Manuel. Ob. cit., p. 980.

(19) Ibid., loc. cit.

(20) Ver nota anterior.

(21) PALOMEQUE. Ob. cit., p.61

(22) Ibid., p. 62

Para el autor⁽²³⁾, en opinión que compartimos no es posible ser tajantes al separar el interés individual del colectivo, afirmando que ambos son naturalmente opuestos, pues esta posición tropezará con zonas de gran imprecisión. Un caso que abarca las esferas individuales y colectivas es la pluriofensividad del incumplimiento del empleador, que consiste en una misma actuación que resulta lesiva tanto para un interés individual puede frecuentemente afectar al gremio sindical en el cual el trabajador se inserta. Como ejemplo del acto pluriofensivo podemos enumerar al despido o traslado injustificado de un dirigente sindical de centro de trabajo. En ambos casos se afectará al dirigente en su esfera individual de trabajador así como a la organización sindical pues la privará de la actuación del dirigente separado o trasladado.

Resulta a nuestro entender interesante desarrollar aquellos tres supuestos en los que se afecta tanto el interés individual del trabajador como el colectivo de la organización sindical a la que aquel pertenece:

- a) Derechos individuales de dirigentes sindicales: Es clara la existencia de un interés sindical propio cuando se discute por ejemplo las controversias relacionadas con la aplicación de medidas disciplinarias, cambio de condiciones de trabajo o terminación de la relación laboral de dirigentes sindicales.

Afirma textualmente Palomeque que “el representante sindical en la empresa aglutina (...) un doble plano: el de sus propios derechos e intereses en cuanto trabajador individual y el del interés sindical confiado a su cargo, en cuya tutela jurisdiccional no parece excesivo, antes al contrario, comprometer al sindicato a que aquel se haya adherido”⁽²⁴⁾. Compartimos la opinión del autor.

- b) Derechos colectivos de titularidad individual de cualquier trabajador: Que duda cabe que un atentado contra el ejercicio de la libertad sindical o de huelga de un trabajador, como la sanción injustificada por formar parte del personal que acató la huelga es una lesión a la libertad de actuación de la propia organización sindical. O el condicionar la continuidad laboral del trabajador a su no adhesión a la organización sindical, o perjudicarlo de cualquier forma por participar en actividades sindicales.

En estos casos “el interés propio del sindicato en la decisión que judicialmente pueda adaptarse respecto de la pretensión del trabajador afiliado y directamente afectado por el acto empresarial es claro que postula su legítima intervención en el proceso de tutela del interés sindical presuntamente vulnerado”⁽²⁵⁾.

(23) Ibid., p. 63.

(24) Ibid., p. 66.

(25) Ibid., p. 67.

- c) Derechos individuales establecidos por los grupos en el marco de una negociación colectiva: Aquí nos encontramos por ejemplo ante el cuestionamiento por parte de un trabajador de la aplicación de una cláusula del convenio colectivo que le es extensivo, por ejemplo, la relativa al otorgamiento de una bonificación por retorno de vacaciones. Lo que decida la magistratura laboral tendrá implicancias en el colectivo de trabajadores a quienes se les aplique el convenio. Por ello, es válido el actuar sindical en la medida que de la solución al conflicto individual se derivará un interés colectivo defendido por el sindicato.
- (ii) Actuación del sindicato en una controversia individual pero en defensa de un interés puramente individual del trabajador.

Para que proceda la actuación sindical será suficiente aplicar la figura de la representación voluntaria o apoderamiento.

Intereses puramente individuales del trabajador son por ejemplo los relativos al pago de sus remuneraciones o beneficios sociales, rebajas salariales, cambio de categoría, entre otros, salvo que exista un interés sindical que a la postre sitúe este tipo de conflictos en los planos anotados anteriormente.

Luego de este desarrollo doctrinario relativo a la participación de las organizaciones sindicales en el proceso laboral, la cual consideramos, se justifica en forma directa y sin que medie poder de representación alguno en intereses propios de la organización sindical (causa propia) e intereses individuales de los trabajadores comprendidos bajo su ámbito cuya discusión tenga incidencia en el interés sindical o de clase. En cambio, si se trata de un interés puro y señaladamente individual, la organización sindical deberá actuar como representante premunida de facultades suficientes por parte del titular del interés individual en discusión.

III. LAS REGLAS DE COMPARECENCIA SINDICAL CONTENIDAS EN LA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, LEY 26636⁽²⁶⁾

De acuerdo a las reglas previstas en la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, para que una organización sindical pueda representar a sus afiliados en conflictos

(26) Consideramos importante comentar que en materia constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que la organización sindical ostenta la representación de sus afiliados en procesos constitucionales individuales en la sentencia recaída en el Expediente 632-2001-AA/TC. Esta posición del TC fue ratificada en la sentencia recaída en el Expediente 3311-2005-PA/TC, en cuyo primer fundamento jurídico se afirma que: “Es conveniente recordar “(...) que los sindicatos de trabajadores no son entidades cuya creación obedezca a la satisfacción de intereses ajenos a quienes lo conforman, sino, contrariamente, su objetivo primordial lo constituye la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. En ese sentido, en el plano de la justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos. Y es que una comprensión de la función y el significado de los sindicatos en el sentido esbozado (...), supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical, reconocida en el artículo 28 de la Constitución”.

de naturaleza individual es indispensable que estos confieran al sindicato un poder que cumpla con las formalidades previstas por la ley correspondiente. Debemos precisar que cuando nos referimos a conflictos de naturaleza individual, y en concordancia con lo señalado en el acápite anterior de la presente ponencia, apuntamos a aquellos conflictos innegablemente individuales, que carezcan de trascendencia en el plano colectivo.

En efecto, el artículo 10 de la Ley Procesal del Trabajo establece que: “las partes deben comparecer por si mismas. Pueden conferir su representación a persona civilmente capaz, mediante poder extendido con las formalidades que la ley permite. Los trabajadores pueden conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembros”.

Este dispositivo de carácter procesal difiere de la norma sustantiva en materia de relaciones colectivas de trabajo, pues como veremos seguidamente, la norma sustantiva posibilita la representación sindical en controversias individuales sin exigir el otorgamiento de mandato de representación alguno. En este punto compartimos lo señalado por Toyama cuando afirma que, “(...) ante el conflicto normativo que generan estas dos normas de ámbito distinto, se deberá preferir la norma especial respecto de la general (...) la norma especial será la norma procesal (...) por lo que, para que el sindicato esté legitimado para obrar en un proceso de representación de un trabajador cuyo derecho individual habría sido vulnerado, deberá contar con delegación expresa de poder (...)”⁽²⁷⁾

Siguiendo lo anteriormente señalado, si bien el artículo 8 inciso c) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, establece que son fines y funciones de las organizaciones sindicales: “(...) Representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor. (...)”, será de aplicación por un criterio de especialidad la Ley Procesal del Trabajo, siendo exigible entonces un poder de representación conferido a favor de la organización sindical, el cual deberá respetar el Principio de literalidad, por lo que será indispensable que detalle con precisión las facultades procesales que ostentará el sindicato representante.

Compartiendo la referida postura, los Vocales de las Salas Laborales del país en el Pleno Jurisdiccional Laboral llevado a cabo en el año 1998, acordaron por mayoría calificada que, “(...) Las organizaciones sindicales tienen la representación de los trabajadores en conflictos de naturaleza colectiva; pudiendo representar a estos en conflictos de naturaleza individual siempre que exista otorgamiento de poder

(27) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y CUBA COPELLO, Cynthia. “Legitimidad sindical y conflictos laborales”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial. Gaceta Jurídica. Año 12, Número 100. Lima, enero 2007, p. 222.

conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley Procesal de Trabajo N° 26636 (...). Las organizaciones sindicales acreditan su representación con la copia del acta de designación en los conflictos de naturaleza colectiva y con el poder correspondiente en los conflictos de naturaleza individual”.

A fin de determinar cuál es la formalidad que debe revestir el poder a que se refieren las normas glosadas anteriormente, nos remitimos al artículo 72 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso laboral, el mismo que establece que “El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente (...)”

Lo anterior ha sido ratificado por la jurisprudencia laboral en reiteradas resoluciones, como la recaída en el Expediente N° 3749-99-I.D.L., se estableció que: “Ante el reclamo de una pluralidad de derechos individuales, el sindicato debe accionar con representación conferida a través del respectivo poder”.

Asimismo, en la resolución recaída en el Expediente N° 2391-97-ID-A se señaló que “(...) la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo exige la autorización expresa de los miembros de la organización sindical para ser representados por esta en conflictos de naturaleza individual (...)” .

Dada la regulación de la Ley Procesal del Trabajo, la controversia se limitaba a determinar si la pretensión planteada en la demanda presuponía la existencia de un interés individual o colectivo en discusión, no así la necesidad de poder de representación por parte de la organización sindical que incoaba la demanda. Si se concluía que el conflicto era individual, lo natural era declarar la improcedencia de la demanda, pedido que era planteado a través de una excepción por parte de la empresa demandada.

IV. LOS CRITERIOS DE REPRESENTACIÓN PROCESAL SINDICAL EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Volviendo a los derechos que conforman la libertad sindical, y puntualmente tratándose de la libertad de gestión externa, para Villavicencio⁽²⁸⁾ la normativa nacional, fija la esfera de la acción gremial en el ya citado artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo al enumerar las siguientes actividades que puede realizar la organización sindical:

- a) Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias de naturaleza colectiva;
- b) Celebrar convenciones colectivas de trabajo, exigir su cumplimiento y ejercer los derechos y acciones que de tales convenciones se originen;

(28) Villavicencio, Ob. cit., p. 135.

- c) Representar o defender a sus miembros en controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en calidad de asesor;
- d) Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas, fondos y, en general, organismos de auxilio y promoción social de sus miembros;
- e) Promover el mejoramiento cultural, la educación general, técnica y gremial de sus afiliados; y,
- f) En general, todos los que no estén reñidos con sus fines esenciales ni con las leyes.

Para el autor, la nueva Ley Procesal del Trabajo corrige las limitaciones de su antecesora al establecer en su artículo 8 que “los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados” señalándose en este último caso (numerales 2 y 3), que:

- No se requiere poder especial de representación;
- En la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones;
- El empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta;
- La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso; y,
- La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados.

A lo anterior se agrega un régimen de legitimación especial en el artículo 9 de la Nueva Ley, relativo a:

- Pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil; en las que se considera que las demandas pueden ser planteadas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público. (Artículo 9.1 de la nueva Ley Procesal del Trabajo).
- Afectaciones a los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, en cuyo caso pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito. (Artículo 9.2 de la nueva Ley Procesal del Trabajo).

Sostiene Villavicencio que, “partir de estas normas se puede afirmar que, por primera vez en nuestra historia, la norma procesal laboral le atribuye con detalle la representación legal de sus afiliados, en consonancia con lo previsto por la LRCT, avanzando incluso más allá de ellos en el caso de que la afectación vulnere derechos fundamentales como no discriminación en el acceso al empleo, trabajo infantil y trabajo forzoso, en las que pueden actuar como demandantes incluso sin tener algún afiliado entre los perjudicados”⁽²⁹⁾.

Compartimos lo afirmado por el autor en el sentido que la Nueva Ley Procesal ha regulado la representación sindical en forma concordante con lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sin embargo, creemos que la nueva regulación debe entenderse de la manera siguiente:

- La organización sindical puede representar a sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder de representación, siendo válida dicho acto en la medida que se cumpla con lo establecido en el Estatuto del sindicato. Sobre el particular, el artículo 23 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que “La junta directiva tiene la representación legal del sindicato y estará constituida en la forma y con las atribuciones que determine el estatuto”.

En esa medida, los Jueces Laborales deberán exigir que el sindicato acredite que su representación cumple con lo dispuesto estatutariamente. Compartimos lo señalado por Morales⁽³⁰⁾, en el sentido que “los sindicatos deberían modificar o ampliar sus estatutos y señalar específicamente qué dirigentes podrán comparecer a nombre de la organización sindical en el proceso, evitando con ello que toda la Junta Directiva deba intervenir, lo que resulta poco práctico”.

- Que la representación directa sindical comprende la defensa de sus afiliados y dirigentes, por lo que la condición de ex dirigentes o afiliados, con ocasión de un despido que no sea materia de cuestionamiento judicial, no debería generar la tutela procesal sindical. Nos explicamos, si un dirigente o miembro del sindicato es despedido y procede a cuestionar el despido reclamando la nulidad del mismo, a través de un proceso de nulidad de despido, o pretendiendo su reposición mediante un proceso constitucional de amparo, es válida la representación sindical pues nos encontraríamos ante un acto pluriofensivo que supone un interés sindical al afectar no solamente el interés individual del afiliado sino el colectivo del gremio sindical. Sin embargo, si el ex trabajador consintió el despido y reclama por ejemplo, el pago de beneficios sociales que pretendidamente le adeudaría su ex empleador, no debería permitirse el ejercicio de la representación sindical prevista en el artículo 8

(29) Ibid. p.137.

(30) MORALES CORRALES, Pedro. “nueva Ley Procesal del Trabajo. Excesiva representación sindical”. En: *Análisis Laboral*, Febrero de 2010. p.10.

de la nueva Ley Procesal del Trabajo porque el ex trabajador habría perdido la condición de dirigente o afiliado.

- Si bien la representación sindical es voluntaria, pues creemos que el trabajador se encontraría perfectamente legitimado para intervenir el proceso a título individual manifestando su disconformidad con la representación sindical y eventualmente desistiéndose del proceso, pues como lo ha señalado el TC la voluntad del sindicato no sustituye a la del trabajador.

V. CONCLUSIÓN

El derecho fundamental a la libertad sindical es un derecho de naturaleza compleja, fundamentalmente de actividad y de titularidad colectiva. De ahí que, la actividad primordial del sindicato sea la defensa de los intereses socioeconómicos de sus afiliados. En esa medida, resulta un deber fundamental del Estado Peruano, derivado de los instrumentos internacionales aplicables, y de nuestro texto Constitucional el garantizar el pleno ejercicio de la libertad sindical-

Partiendo de lo anterior, es positivo a nuestro entender el otorgamiento de mayores facilidades a las organizaciones sindicales para el ejercicio de la libertad sindical colectiva en su aspecto de gestión externa en la nueva Ley Procesal del Trabajo, en la medida que evidencia el cumplimiento del anotado deber estatal.

Sin embargo, no creemos contrario a dicho ejercicio pleno el hecho que se establezcan requisitos formales cuando la controversia o el interés en discusión no sea de naturaleza sindical o de clase ni individual con trascendencia sindical, pues al tratarse de un interés netamente individual cuya afectación no escapa de dicha esfera, es el propio trabajador quien debe decidir, si activa el aparato jurisdiccional para obtener su tutela, así como forma en que plantea su estrategia procesal y dirige su demanda contra su ex empleador.

Consideramos excesivo que en el caso de estos intereses se permita a la organización sindical el sustituirse en la voluntad del afiliado e interponer una demanda en su nombre, pues podría darse el caso que el afiliado o considere su interés como trascendente o simplemente decida válidamente abstenerse de iniciar litigio alguno.

Creemos que lo más adecuado hubiera sido reconocer el interés sindical a determinadas controversias derivadas de la relación laboral, sin entrar al específico campo de la enumeración específica de cada una, bien podría hacerse referencia a la concurrencia de un interés sindical o colectivo en la controversia, en cuyo caso resulta totalmente válido posibilitar que el sindicato actúe en forma directa sin la necesidad de poder de representación alguno, no siendo necesaria acción alguna por parte del trabajador, al primar el interés colectivo al individual.

¿IMPUGNO O PAGO?: La actuación de la sentencia recurrida en el proceso laboral peruano

Boris Sebastiani Araujo^(*)

En el proceso el tiempo no solo es oro, es algo más: justicia”

COUTURE

I. INTRODUCCIÓN

Le ganó por puesta de mano. Sin duda la nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) es la primera herramienta procesal nacional cuyo recurso de casación carece de efecto suspensivo, pese a que en 1994 el recurso de casación del proceso civil iba a poseer tal atributo, sin embargo dicha intención fue dejada de lado porque la comisión redactora consideró que era un poder demasiado adelantado para su época para un medio impugnatorio que recién nacía.

Sin embargo, entre 1994 y el 2010, las normas procesales sí han creado recursos importantes sin efecto suspensivo, pero no a nivel de casaciones sino de apelaciones, como es el caso de: la apelación de sentencia en el proceso de alimentos (art. 566 Código Procesal Civil de 1994) , la apelación del mandato ejecutivo en el proceso laboral de ejecución de acta de conciliación o de liquidación de aportes previsionales (art. 74 y 75 Ley Procesal del Trabajo de 1996, respectivamente) o la

(*) Abogado de Muñiz, Ramírez, Pérez Taiman Olaya. Abogados-Trujillo.

apelación de la sentencia en el proceso constitucional (art. 22 del Código Procesal Constitucional del 2005).

Pese a que durante los últimos 16 años el servicio jurisdiccional ha mejorado, aún conserva el problema de la lentitud procesal que se hace notar aún más con la velocidad que ha generado la globalización y la tecnología. Es por ello, que –como dice el profesor Fernando Zavala– la celeridad es un sueño. O en todo caso es un gran objetivo que todavía es muy difícil de obtener pero que la NLPT sin duda va amortiguar.

En efecto, el diseño de la NLPT acoge este gran objetivo de una manera clara y directa, tanto es así que hay cierto tipo de demandas que se podrán presentar a través un formato bastante simple y sin firma de abogado, la mayoría de las notificaciones de los juzgados laborales se realizarán por correo electrónico, no se exigirá el agotamiento de la vía administrativa para las demandas laborales interpuestas contra el Estado, la exhibición de las planillas se hará ante el propio juzgado, las conciliaciones se van a incrementar, la decisión sentencial será expresada luego de los alegatos de primera instancia o del informe oral en segunda instancia, la interposición de la casación no suspenderá la ejecución de la sentencias, etc. Y es que pareciera que ir a la Corte Suprema, ya no será sinónimo cultura dilatoria. Pues el art. 38 de la NLPT establece que el recurso de casación no tendrá efecto suspensivo, salvo que en las sentencias de pago de beneficios sociales el impugnante abone el importe a nombre del juzgado u otorgue carta fianza por la misma suma. Dicho de otra forma, el hecho de presentar una casación no le permitirá al litigante alargar más el proceso.

En tal contexto, es necesario saber qué es esta no tan novísima figura procesal de la actuación de la sentencia impugnada (ASI), describir su regulación en el derecho nacional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, e intentar determinar cuál puede ser su impacto en el nuevo proceso laboral peruano.

II. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN LA DOCTRINA

1. Su necesidad: Hija de una realidad

Podría decirse que la duración del proceso y el recurso dilatorio han hecho que ante dicha problemática en el derecho procesal se generen alternativas de solución, tal es el caso de las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares o la actuación de la sentencia impugnada. Todas estas, de alguna forma buscan resolver el conflicto rápidamente o por lo menos anticipar los efectos de la decisión final, lo cual no es poca cosa pues el peor enemigo del proceso es su duración.

En efecto, lo que la gente busca en el proceso es una solución y ello es, por excelencia, la ejecución de la sentencia. Sin embargo, existen diversos supuestos de hecho en los que la formación de la cosa juzgada toma un tiempo que podría

implicar la configuración de un perjuicio irreparable para el demandante o en todo caso dicha espera puede devenir en una solución demasiado postergada, un daño que bien puede consistir en la inejecución total o parcial de la sentencia, o también en una ejecución tardía, pues la tutela procesal efectiva también abarca el derecho a la actuación oportuna de la sentencia, pues hay que considerar que desde se interpone la demanda ya existe un derecho insatisfecho y tal estado no tiene porque prolongarse en el tiempo.

Y si bien las sentencias no son resoluciones infalibles, por lo general tienen la vocación de ser confirmadas. Y en este contexto, la función revisora de la etapa impugnatoria de la sentencia a veces es tergiversada en una, digamos, etapa dilatoria. Justamente, en la doctrina, se distinguen dos tipos de finalidades al momento de impugnar: Objetiva y subjetiva. La primera coincide con la finalidad de los recursos, es decir, advertir a través de la impugnación del error o vicio que contiene la sentencia que la haría revocable o anulable. La segunda de estas carece de dicha intencionalidad pues están orientadas a todo dilatar el proceso a través del efecto suspensivo del recurso, el cual en estos casos es un aliado de la postergación de la satisfacción del derecho. Hay muchos casos en que no hay necesidad de ser pitonisos para proyectar el resultado de un proceso, y con mayor razón se puede saber si es que una sentencia puede ser revocada o anulada. Entonces, una forma de evitar la interposición de recursos dilatorios es que la norma procesal le diga al impugnante que para que su recurso sea concedido se debe cumplir con ejecutar la sentencia o en todo caso con otorgar una fianza. Este mensaje se llama en la doctrina actuación de la sentencia impugnada o ejecución provisional de la sentencia.

2. Condición jurídica de la sentencia estimatoria sujeta a impugnación.

La sentencia estimatoria es susceptible de impugnación. Si bien, esta situación implica la conclusión de la instancia, también es que no necesariamente determina la finalización del proceso, pues tanto la LPT y la NLPT permiten que el demandado aperture a través de la apelación la doble instancia, lo que a la vez genera la suspensión de la ejecución de la sentencia. Similar situación ocurre ante la posibilidad de recurrir en casación en el caso de la LPT, pero con la NLPT, ya no es así. Esa es la diferencia.

En este contexto, veamos la condición de la sentencia desde dos momentos: primero, como un acto susceptible de impugnación; y segundo; como un acto que ha sido efectivamente impugnado.

a) Condición jurídica de la sentencia recurrible

Por regla general y por tradición, en nuestro sistema procesal, la imposibilidad de que la sentencia estimatoria produzca efectos una vez que ha sido expedida y notificada se debe a que existen dos instituciones que determinan esta limitación: la formación de la cosa juzgada y la posibilidad del ejercicio del derecho a la doble instancia. Precisamente, ni la sentencia de primera

instancia ni la de segunda, pueden producir efectos mientras están sujetas a impugnación, ni tampoco mientras no hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir no son ejecutables mientras no sean firmes. La firmeza se adquiere a través del consentimiento de la sentencia o a través de la sentencia expedida ante el agotamiento discrecional de los medios impugnatorios.

Los efectos de este tipo de sentencia están sujetos a un plazo y a una condición, el plazo es el que la ley prescribe y la condición es que no se interponga el recurso, así lo señala Couture quien considera que durante el transcurso del plazo que la ley establece para la interposición del recurso, la sentencia es un acto cuya eficacia depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica; por lo que concluye que durante este tiempo, existe un estado de suspensión de los efectos. Agrega que si no se interpone el recurso, la suspensión cesa y la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada.⁽¹⁾ Entonces, la sentencia sujeta a impugnación no puede ser ejecutada debido a su falta de firmeza, dicho en otros términos, no produce efectos por que no tiene la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, Enrico Allorio manifiesta que la sentencia no puede producir efecto vinculante mientras no tenga la calidad de cosa juzgada.⁽²⁾

De otro lado, el procesalista español Luis Caballol Angelats⁽³⁾ afirma que: (i) el destino de la sentencia recurrible es la firmeza y (ii) el de la sentencia recurrida es la firmeza o la revocatoria, pues la sentencia impugnada no puede ver variado su contenido si no es impugnada ya que el juzgador de oficio no puede modificarla, la inmodificabilidad decae ante la interposición del recurso, entonces la distinción entre la sentencia recurrible con la recurrida es que aquella no puede ser modificada si no es por la presencia de un recurso⁽⁴⁾. Por ende, la situación jurídica de la sentencia durante el plazo en que es recurrible radica en que sus efectos son suspendidos, es decir en dicho lapso no es ejecutable; no obstante, tiene vocación de firmeza mientras no sea impugnada, caso contrario, esta vocación disminuye (pero no desaparece) y sus efectos quedan sujetos a lo que el superior jerárquico resuelva.

b) Condición jurídica de la sentencia recurrida

Ante la interposición del recurso de apelación estamos ante una triple posibilidad: la primera, que la sentencia sea confirmada; la segunda; que la sentencia sea revocada, y la tercera; que sea anulada. De otro lado, ante la interposición de un recurso de casación, estamos ante las siguientes eventualidades:

-
- (1) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Ediciones Depalma. 1974, p. 373
 - (2) ENRICO, Allorio. *Problemas de Derecho Procesal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América, p. 385
 - (3) El Dr. Lluís Caballol Angelats es uno de los pocos procesalistas que ha escrito un libro tratando la figura de la ejecución provisional de la sentencia a exclusividad.
 - (4) CABALLOL ANGELATS, Luis. *La Ejecución Provisional en el Proceso Civil*. José María Bosch Editor. 1993. p. 33 y ss

la inadmisibilidad o la improcedencia del recurso y el hecho de que se declare infundado o fundado el recurso. Una con mayores probabilidades que las otras, pero siempre estarán presentes.

Respecto a la condición jurídica de la sentencia recurrida, la doctrina ⁽⁵⁾ agrupa en un solo conjunto, a cinco tesis han tratado de explicar la condición jurídica de la sentencia recurrida, veamos:

Primera Tesis: Resolución sometida a condición resolutoria

Sustentada por autores como Kohler, Mortara y Casati.⁽⁶⁾ Consiste en que la resolución que resuelve el recurso interpuesto implica su desaparición. La condición resolutoria de esta teoría consiste en la expedición de la sentencia de vista que revoca(o declara nula la sentencia, o la modifica en alguna medida) a la sentencia expedida en primera instancia. El efecto del cumplimiento de esta condición es la extinción de la sentencia apelada, hecho que es consecuencia de la sustitución de la nueva sentencia que dispone un mandato distinto al de la primera instancia. Así, esta teoría niega la unidad de la sentencia de primera con la de segunda instancia, pues considera que la sentencia de vista reemplaza a la sentencia de origen que desaparece ante la expedición de aquella. En virtud de esta teoría, los efectos de la sentencia recién podrán materializarse con la expedición de la sentencia de vista que revoque la sentencia de primera instancia, lo que implicaría que la sentencia de primera instancia haya tenido que declarar infundada la demanda. Por ello, la insuficiencia de esta posición, se manifiesta de las siguientes formas: primero, porque no se refiere al supuesto de la sentencia confirmatoria, sino solo al de la revocatoria y segundo; porque no se pronuncia sobre los efectos que pudiera producir una sentencia recurrida, máxime si en esta posición se está analizando desde la perspectiva de que la sentencia de primera instancia es desestimativa.

Segunda Tesis: Acto sometido a condición suspensiva

Sustentada por autores como Calamandrei y Vasalli⁽⁷⁾. Esta posición, compara a la sentencia con el acto jurídico cuyos efectos quedan sujetos a una condición suspensiva, que en este caso sería una condición legal. Estimo que la analogía que se realiza de la sentencia recurrida con el acto jurídico sujeto a condición suspensiva es acertada, pero solo desde el punto de vista en que el recurso no tenga éxito. En esto radica la condición. Así, estimo que esta posición con la tesis de la condición resolutoria, son complementarias, pues cada una abarca lo que a la otra le falta para tratar la condición jurídica de la sentencia recurrida. No obstante, la diferencia más saltante entre estas dos posiciones consiste en que la tesis de la condición suspensiva implica que la sentencia sí surtirá efectos, pero ante al acaecimiento de

(5) Por ejemplo autores como Eduardo Couture, Lluís Caballol Angelats y Oswaldo Gozaíni.

(6) CABALLOL. Ob. cit., p. 35

(7) Cfr. Oswaldo Alfredo Gozaíni". La ejecución provisional de la sentencia en el proceso civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. Editorial. Mehr Licht. p. 87

su confirmatoria, además esta tesis sí llega a ser coherente con la teoría de la unidad de la sentencia debido a que la sentencia de vista no extingue a la sentencia de primera instancia.

Tercera Tesis: Mera situación jurídica

Sostenida Chiovenda⁽⁸⁾ que señala que la sentencia es solo un elemento de una futura sentencia, que con el concurso de otro elemento (el vencimiento de un término) podrá llegar a ser la declaración del derecho, es decir podrá llegar a ser sentencia. Así, ante una sentencia que está pendiente de impugnación, solo se tiene una mera situación jurídica⁽⁹⁾, la cual consiste en una circunstancia fáctica que con la concurrencia de otra circunstancia sucesiva, recién puede dar lugar a un efecto jurídico. En rigor, esta tesis no explica la situación jurídica de la sentencia impugnada, sino la de la sentencia que está pendiente de impugnación, a la que considera como un elemento que no es (mientras esta sea impugnable) la declaración de un derecho, pues para esto es necesario que adquiera firmeza. Inclusive, Colombo⁽¹⁰⁾, afirma sobre la base de un análisis a esta tesis, que la sentencia sujeta recurso llega a ser solo un mero elemento de una verdadera sentencia, el autor agrega que, el destino de la sentencia sujeta a recurso queda a merced de la decisión del órgano superior jerárquico y que por lo tanto, pareciera ser que solo esta última es la que se configurará como lo que debe entenderse por sentencia. Estimo, que en todo caso, esta tesis está referida únicamente a la formación de la cosa juzgada en la sentencia que a la sentencia en sí. Además, esta posición, implica un absurdo, ya que niega la calidad de sentencia a la sentencia de primera instancia, por el solo hecho de que es impugnable, sin embargo esto no le resta el estatus de sentencia, ya que reúne todos los presupuestos para ser tal. Es más, esta posición admite la posibilidad de que la sentencia de primera instancia sea lo que se niega (es decir una sentencia) en el supuesto de que sea consentida.

Cuarta Tesis: Acto con imperatividad inmediata

Sostenida por Carnelutti. En virtud de esta tesis, la condición jurídica de la sentencia recurrida radica en que es imperativa desde que se dicta, dependiendo únicamente del consentimiento de las partes para que sea inmutable o no. Al respecto, el autor señala que “(...) únicamente cuando la decisión haya alcanzado firmeza pareciera poder contar con la garantía de justicia que fundamenta su fuerza obligatoria. Sin embargo, el punto de vista lógico ha de ser modificado en razón de fundamentos de orden práctico”.⁽¹¹⁾ Esta tesis, distingue a la imperatividad de la

(8) Chiovenda. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 348-349

(9) José Chiovenda. Apud. Caballol. Ob. cit., p. 35.

(10) Colombo. Apud. Alberto Hinostroza Minguez. *Medios Impugnatorios en el Proceso Civil*. Editorial Gaceta Jurídica, p. 88

(11) Carnelutti citado por Osvaldo Gozaíni en La ejecución provisional en el proceso civil. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo III. Editorial Mehr Lucht. p. 491. p. 87.

inmutabilidad como dos conceptos que son separables, escindibles, no pudiendo condicionarse la imperatividad de la decisión a la inmutabilidad de ella. Así, la imperatividad está referida al hecho de que la sentencia es ejecutable desde su expedición, pudiendo ser inmutable, si es que las partes no la impugnan y en el supuesto de la impugnación si es que es confirmada, aunque en realidad la inmutabilidad se da también ante la permanencia del contenido estimativo de la sentencia por los órganos funcionalmente superiores. En todo caso, esta tesis se refiere al hecho de que no es necesario que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada para que sea imperativa. El problema de esta posición radica en que no explica cómo es que la sentencia puede ser imperativa pese a que ha sido impugnada.

Quinta Tesis: Acto perfecto.

Sustentada por el profesor Ugo Rocco⁽¹²⁾, quien refiriéndose a la formación de la cosa juzgada a través de las instancias señala que “Este procedimiento de formación tiene varios grados, de tal suerte que en el ejercicio del primer grado, y hasta la conclusión de los términos para interponer el recurso, es un procedimiento imperfecto, mientras que la sentencia(sentencia de primer grado) es un acto por sí mismo perfecto y subsiste como acto de declaración hasta que se revoque o se modifique o se sustituya por una nueva sentencia(sentencia de segundo grado), o sea, por otro acto de declaración de derecho. La sentencia de primer grado está dotada desde su nacimiento de una autoridad propia. Y ciertamente, si así-no fuese, resultaría incomprensible que este acto puede llegar a ser formal y sustancialmente una sentencia con solo agregársele un simple hecho negativo (la no interposición de la apelación dentro del plazo correspondiente)”. Por su parte, Michelli, citado por Hinostroza Minguez⁽¹³⁾ señala que la recurribilidad de la sentencia no excluye la imperatividad de la misma, ya que es necesario distinguir las diferentes situaciones en que la sentencia pudiera encontrarse, según las impugnaciones que pueden proponerse contra ella, pues la posibilidad de impugnación no puede ser configurada como un elemento para el cumplimiento de una condición referente a la eficacia de un acto estatal, como es el juez.

Considerando las diversas posiciones, estimo que la sentencia es tal cual al margen de su impugnación. La posibilidad de recurrirla- siempre que sea necesario- no puede tenerse como elemento para el incumplimiento de lo que la autoridad jurisdiccional dispone. Esta potencialidad de recurrir queda a total merced de una de las partes, quien paradójicamente, es quien ejerce el poder de suspender la materialización del mandato contenido en la sentencia. Además, las pocas diferencias entre una sentencia estimativa, la sentencia confirmatoria y la resolución que desestima el recurso de casación podrían ser (i) el órgano judicial que las expide (ya que las sentencias, en su contenido resolutivo-estimativo serían iguales); y la presencia de

(12) Hugo Rocco. Apud. Gozáni. Ob. cit., pp.86-87

(13) Michelli. Apud. Alberto Hinostroza Minguez. Ob. cit., p. 89.

la calidad de la firmeza en la segunda por haberse agotado, ordinariamente, la posibilidad de recurrir. No obstante, la posibilidad de producir efectos debe estar determinada sobre base de una particular situación predeterminada por la ley. En virtud de la formación de la cosa juzgada y sobre la base de la seguridad jurídica que esta ofrece, la sentencia recurrida puede producir efectos –por regla general– cuando adquiere firmeza. Por consiguiente, referirse al tema de que los efectos de la sentencia impugnada implica tratar un tema debatible en la doctrina, pero que va ganando terreno en muchas leyes procesales del mundo que la van incorporando como signo de modernidad procesal y de madurez en el litigante de este nuevo milenio en el que cada vez se van dejando pelucas blancas del siglo XVII por lap tops. Preliminarmente, desde la perspectiva de la impugnación y de la cosa juzgada sea –quizá– inconcebible, sin embargo la ciencia del Derecho no evolucionaría, si es que la norma no se adecúa a nuevas realidades que generen nuevas instituciones y nuevas concepciones de las ya existentes, las cuales de por sí posibilitan el avance de las ciencias jurídicas y la satisfacción de las ciertas necesidades sociales, como es el caso de la prestación de un servicio jurisdiccional eficaz y sobretodo oportuno

Así, existen tesis que tratan de fundamentar que la sentencia recurrida puede producir efectos pese a que carece de firmeza. Una de estas, corresponde al procesalista español Caballol Angelats, quien sostiene como punto de partida que la sentencia es un acto que concluye el proceso y que a través del cual se ha de poder cumplir la función para la que el proceso se creó que es la de determinar el derecho en el caso concreto, de modo que la sentencia es la expresión propia de la tutela efectiva del proceso. Por ello, la firmeza no está relacionada con la posibilidad de producir efectos, sino que está referida a la exigibilidad incondicional de los mismos. Así, el autor pregunta ¿Cómo sería posible la aplicación de la ejecución provisional, si el hecho condicionante de los efectos de la sentencia recurrida es la adquisición de la firmeza?. Con suma precisión, el autor responde que la ejecución provisional de la sentencia es una excepción legal a la condición suspensiva ya que implica la exigibilidad de los efectos de una resolución que no es firme. Así, la excepción a la regla está dada por la misma ley que posibilita que ante determinadas circunstancias extraordinarias, que la sentencia recurrida surta efectos, para que así se cumpla con la finalidad del proceso, es decir para que se otorgue una adecuada y oportuna tutela jurisdiccional efectiva. Por ello, las teorías que sustentan la posibilidad de que una sentencia recurrida produzca efectos deben observarse desde la perspectiva excepcional y no general.

3. Conceptos de la actuación de la sentencia impugnada

A través de la actuación de la sentencia impugnada es posible ejecutar o asegurar la ejecución de una sentencia carente de firmeza que se justifica por su imposterabilidad en el tiempo a fin de evitar la inejecutabilidad de la sentencia ante la inminencia de un perjuicio irreparable o para prevenir la interposición de medios impugnatorios dilatorios, garantizándose así una tutela jurisdiccional efectiva

y oportuna. En el Diccionario Omeba⁽¹⁴⁾, se señala que la ASI de la sentencia implica la posibilidad de cumplir el mandato contenido en la sentencia, aunque esté pendiente la resolución que resuelva el recurso interpuesto contra ella. El magistrado y catedrático español Juan Montero Aroca⁽¹⁵⁾ señala que la ASI está referida a la sentencia que no es firme, que surge sobre la esfera jurídica del demandado en la que, por regla general, solo cabrían injerencias jurisdiccionales coactivas cuando existiese sentencia firme. El profesor español agrega que si el ordenamiento procesal establece por excepcionalidad que la firmeza no es sinónimo de ejecutabilidad, entonces es posible atribuir la condición de título ejecutivo a sentencias pendientes de algún recurso a través de la ejecución provisional, a la que también denomina como ejecución condicional o inmediata. En este sentido, José María Olcese⁽¹⁶⁾, la define como una institución novedosa, por la que se ejecuta la sentencia carente de firmeza, para lo cual deberá prestarse garantía suficiente para responder por los daños y gastos judiciales que se pudiera ocasionar a la parte contraria; para esto –agrega– debe existir el peligro de frustración del derecho reconocido derivado de la demora en la tramitación de la segunda instancia. Por su parte, Víctor Moreno Catena⁽¹⁷⁾, señala que el ordenamiento jurídico permite, bajo ciertas condiciones, la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza; es decir, de resoluciones que siendo susceptibles de recurso han sido efectivamente recurridas. Así, por la ejecución provisional se ejecuta una sentencia recurrida, de donde se sigue que la firmeza y la ejecutabilidad son conceptos independientes, cada uno de los cuales actúa en su esfera propia. Ugo Rocco⁽¹⁸⁾ señala que la ejecución provisional es un pronunciamiento de carácter accesorio⁽¹⁹⁾ de la sentencia que tiene carácter excepcional y que consiste en que la sentencia apelable puede ser declarada provisionalmente ejecutiva. En este mismo contexto, Carnelluti⁽²⁰⁾ manifiesta que generalmente la sentencia mientras es apelable, no es ejecutiva; sin embargo es posible lograr esto último a través de una declaración jurisdiccional de declaración provisional ejecutiva de la sentencia. El profesor Oswaldo Gozaíni⁽²¹⁾, define a la ASI como la facultad que tiene la parte para solicitar al órgano jurisdiccional el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme. La ASI es definida por el español Antonio María Navarrete⁽²²⁾ como la realización

(14) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo IX. 1980. Buenos Aires, p. 823

(15) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, p. 475

(16) OLCESE, Juan. “El Nuevo Código General del Proceso de la República Oriental de Uruguay” En el Libro *Homenaje al XXV aniversario del Colegio de Abogados de San Isidro de Argentina*. Editorial Estudios de Derecho Procesal, p. 320

(17) MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1995. p. 367

(18) ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil III*. Parte Especial. Proceso de Cognición. Editorial Temis de Palma. Bogotá, 1976. p. 198

(19) En Italia la ASI civil puede ser concedida de oficio, en la misma sentencia.

(20) CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973, p. 136

(21) GOZAÍNI. Ob. cit., p. 81

(22) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La Teoría y Práctica del Proceso Civil y su concordancia con el proceso laboral y contencioso administrativo*. Editorial Dykinson. Madrid. 1997, p. 879

inmediata de la condena contenida en la resolución judicial en el supuesto de que el órgano jurisdiccional estime que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable. Por ello, la ASI solo puede ser aplicada en sistema procesal que contenga la institución de la pluralidad de instancias, pues en el supuesto de la instancia única, la ejecución no sería provisional sino definitiva. También sucedería lo mismo, en los supuestos del consentimiento, de la renuncia a recurrir y del desistimiento del recurso. En este sentido, Leonardo Prieto-Castro Ferrandiz⁽²³⁾, señala que en el supuesto de existir la vía de los recursos, que un fallo ya existente al menos es un humo de derecho, la ley puede autorizar la ejecución de ese fallo sujeto a impugnación. Agrega que solo de manera excepcional, se admite que la firmeza de la sentencia no es condición necesaria para la ejecutabilidad. De otro lado, José Levitán⁽²⁴⁾ conceptualiza a esta figura como posibilidad de pedir la ejecución de la sentencia no obstante la posibilidad de recurriría, siendo imprescindible que concurren dos instancias coincidentes. La tendencia general de la sentencia estimativa es la confirmación más que la revocación, debido a que ya existe un pronunciamiento en ese sentido. Por ello, el profesor soviético M. A. Gurvich⁽²⁵⁾, indica que a veces es necesario admitir la ejecución compulsiva de la sentencia del tribunal antes de que esta adquiera ejecutabilidad, es decir la firmeza; esto, en los supuestos en que la revocación parezca ser poco probable y en el que la pretensión del demandante tenga carácter de inaplazable; así, en algunos casos el magistrado está obligado a prestar la ejecución inmediata y en otros a solicitud del actor. Por su parte, James Goldschmidt⁽²⁶⁾, considera que la EPS es la actuación de la sentencia definitiva antes de que haya adquirido firmeza en sentido formal. La principal virtud de la ASI es la anulación del efecto suspensivo de la apelación. Así, Caballo⁽²⁷⁾ define a la ejecución provisional como la institución procesal por la que se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso. Agrega que con la ASI se consiguen actuar los efectos que la sentencia produciría si fuera firme. Mayormente, en el Derecho Comparado⁽²⁸⁾, la ASI es aplicable a sentencias de condena. Por esto, el profesor Julio De Gregorio Lavie⁽²⁹⁾, conceptualiza esta institución como la posibilidad que tiene el acreedor para ejecutar la sentencia antes de que se resuelva la apelación que haya interpuesto el ejecutado. Agrega que esto

(23) Prieto Castro Ferrandiz Leonardo. *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 517

(24) LEVITÁN, José. *Recursos en el Proceso Civil y Comercial*. Ordinarios y Extraordinarios. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1986, p. 332

(25) M.A. Gurvich. *Derecho Procesal Civil Soviético*. Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1971, p. 336.

(26) GOLDSCHMIDT James. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Labor S.A. Barcelona, 1936, p. 542

(27) Caballo. Ob. cit., p.47.

(28) Supra

(29) DE GREGORIO LAVIE Julio. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1987, p. 566

es posible a través de la solicitud al juez para que conceda la apelación sin efecto suspensivo para lo cual otorgará fianza.

4. Presupuestos de la actuación de la sentencia impugnada

Los presupuestos que en la doctrina atribuyen a la ASI son básicamente coincidentes. Y son los siguientes:

Primero.- La expedición de una sentencia estimativa de la demanda

La ejecución de una sentencia está referida solamente a la que declara fundada la demanda. El fundamento radica en la presencia del mandato jurisdiccional en la resolución sentencial.

Segundo.- Pendencia recursal

La pendencia recursal es lo que determina que la ejecución sea provisional, ya que en el supuesto de que no existiese pendencia, la ejecución sería definitiva, sea por el consentimiento, por el desistimiento del recurso o por la renuncia a impugnar.

Tercero.- Perjuicio irreparable

La ASI nace con la necesidad de evitar un perjuicio irreparable generada por la interposición de un recurso dilatorio. En efecto, en la doctrina se señala que es necesario que el tiempo que implique la pendencia recursal de la sentencia estimatoria de la demanda genere un perjuicio irreparable al demandante, pues en el supuesto contrario no existiría justificante alguno que determine que se anticipe la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, la NLPT no exige el cumplimiento de este presupuesto.

Cuarto.- Pedido de parte

Aunque una de las modalidades de la ASI prescrita en determinadas legislaciones radica en que puede ser concedida de oficio, hay varios países que determinan que tiene que ser peticionada por el mismo demandante, por lo menos en los procesos civiles. Por lo que en este contexto, este presupuesto no llega a ser un requisito general, sino específico para cada legislación y situación en particular.

Quinto.- Garantía

Estimo que hay un intercambio de la garantía de la suspensión (generada por la doble instancia) del demandado, por una garantía pecuniaria que otorga el demandante, por lo menos así funciona en algunos procesos civiles extranjeros, a diferencia del nuevo proceso laboral en el que es el mismo ejecutado el que debe otorgar la fianza. Al respecto, cabe precisar que la garantía es exigible cuando así lo determina la ley. En este contexto, si la ley no exige el otorgamiento de una garantía, la ASI se concede sin la concurrencia de este presupuesto. El fundamento de esta excepción se basa en la debilidad económica del beneficiado por la sentencia recurrida.

III. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

El profesor Juan Monroy dijo en 1,994 en una conferencia dictada en el Colegio de Abogados de La Libertad que la regulación de la actuación de la sentencia impugnada casi se introdujo en el Código Procesal Laboral, pero esto no concretizó porque esta figura era demasiado adelantada para ese momento. Luego de ello, se afianzó una tendencia de retirar el efecto suspensivo a la casación. Al respecto, tanto los Doctores Nelson Ramírez Jiménez y Juan Monroy Gálvez, sustentaban tal propuesta de modificatoria al proceso civil que hasta la fecha no se ha dado, pero sí en el proceso laboral.

Ramírez Jiménez, en la ponencia presentada en el primer Congreso de Derecho Procesal desarrollado en la Universidad Católica a inicios de esta década, sostenía que: “Si nos encontramos ante un recurso extraordinario que no abre una tercera instancia, carece de lógica el que al ser admitido se deje en suspenso la ejecución de la sentencia, según lo dispone el Artículo 393 del código Procesal Civil. En efecto, otros sistemas casatorios niegan esa posibilidad (...) Como se aprecia de los antes señalado, a la luz del Derecho comparado no existe razón alguna para que en nuestro país la casación tenga efecto suspensivo. Ello, a la vez de quebrar razonabilidad del recurso, genera su masiva interposición en busca de la paralización in debida de la ejecución de la sentencia de mérito. La estadística de la Sala Civil de la Corte Suprema es elocuente, tanto en lo que respecta al número de expedientes ingresados como al número de improcedencias e inadmisibilidades que declara. Sin embargo, con el fácil expediente de interponer el recurso de casación, el litigante de mala fe ha logrado su objetivo, pues paraliza la ejecución durante el tiempo que la corte Suprema demore en resolver el recurso (aproximadamente un año). Por ello, considero que debe modificarse este aspecto del trámite, debiendo concederse sin efecto suspensivo”.

Por su parte, Monroy Gálvez, en la misma tendencia pero con la variante de que solo podrían ser objeto de ejecución provisional las sentencias de vista confirmatorias de sentencias estimativas, dentro del conjunto de propuestas de reforma al Código Procesal Civil, señalaba que: “La que sigue probablemente sea la propuesta más importante y por ello la más discutible. Empezaremos afirmando que en la práctica son escasos los sistemas casatorios que ordenan la suspensión de los efectos de la resolución impugnada como consecuencia de la procedencia del recurso de casación. (..) Así, el foro nacional parece no haber advertido al carácter extraordinario del recurso, razón por la que muchos consideran que el recurso de casación es una prolongación más o menos natural de casi todos los procesos, exactamente como ocurrió durante 81 años de este siglo con el llamado recurso de nulidad que, salvo escasísimos casos excluidos por *razón* de la cuantía, permitiría el acceso más o menos libre a la Corte Suprema.(...) En otras palabras, cuando se presente el recurso de casación en un proceso en donde se hayan expedido dos resoluciones conformes, aquel no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada. El fundamento no es otro que la presunción de certeza que puede extraerse sin dificultad

del hecho de contar con dos decisiones judiciales conformes, a pesar de haber sido expedidas por órganos jurisdiccionales diferentes”.

Como se ve, esta tendencia que no es nueva, pero ha tenido su primer eco en el proceso laboral como veremos más adelante.

IV. ALGUNAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE SENTENCIAS APELADAS Y DOS FORMAS DE ACTUACIÓN DE SENTENCIA DE VISTA IRRECURRIBLES.

1. En primera instancia.

Primera.- La sentencia estimativa de alimentos: El artículo 566 del Código Procesal Civil regula la ejecución provisional de la sentencia estimativa de alimentos. De esta forma es posible ejecutar la sentencia apelada en este tipo de pretensiones, disponiéndose el pago inmediato de la pensión desde el momento en que es expedida la sentencia.

Segunda.- La concesión de la apelación de la apelación de la sentencia estimativa del proceso ejecutivo de dar suma de dinero de la Ley Procesal del Trabajo: Las resoluciones estimativas de las demandas ejecutivas en materia laboral son apelables con efecto suspensivo. Sin embargo, el artículo 74 de la LPT regula un presupuesto adicional para la concesión de la apelación: la consignación judicial del monto demandado (hubiera sido más propio que la Ley señale en todo caso el monto declarado por la sentencia y no el demandado) o en su defecto el ofrecimiento de una carta fianza por el mismo monto.

Tercera.- La sentencia estimativa del proceso de tenencia: El Artículo 82 del Código del Niño y Adolescente establece que la sentencia que estima la demanda de tenencia puede ser ejecutada de inmediato, siempre que se encuentre en peligro la integridad del niño o adolescente.

Cuarta.-Expropiación: La pretensión en el proceso de expropiación es la de transferir la propiedad de un bien perteneciente a un particular al Estado. De esta forma, la sentencia –en buena cuenta- dispondrá la constitución de una nueva relación jurídica entre el bien expropiado y el nuevo propietario estatal. Ahora, uno de los atributos del derecho de propiedad es la posesión. Precisamente, el artículo 530 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 24 de la Ley General de Expropiación, posibilita anticipar los efectos de la sentencia únicamente en el sentido de adelantar la posesión del bien a expropiar, siendo procedente pedir esta posesión provisional aun en el caso que la sentencia fuese apelada.

2. En segunda instancia.

Primera.-La ejecución de la sentencia de vista estimativa en los procesos constitucionales: La diferencia de este tipo de ejecución con la ejecución de la

sentencia recurrida en casación, radica en la firmeza de la primera y la provisionabilidad de la segunda. No obstante, la similitud radica en que se ejecuta una sentencia de vista que ha sido analizada dos veces por dos órganos jurisdiccionales distintos, con lo que la posibilidad del acierto es elevada.

Segunda.- La ejecución de las sentencias en vista en los procesos laborales.- El artículo 55 de la LPT establece que el recurso de casación se concede contra resoluciones condenatorias que contengan un mandato o discutan una controversia superior a un determinado monto de dinero, de modo que el recurso se concede entre otros supuestos –cuando se interpone contra sentencias expedidas en procesos en la que la cuantía que se discute exceda las 100 Unidades de Referencia Procesal.

V. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Mención aparte merece la actuación de la sentencia apelada en los procesos constitucionales. Al respecto, cabe señalar que en el Expediente 00607-2009-PA, el Tribunal Constitucional señaló que a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley N° 23506, el Código Procesal Constitucional, ha incorporado en su artículo 22, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales de la libertad. En consecuencia, el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. En tal contexto, el TC ha determinado que a diferencia de lo que sucede con la actuación inmediata en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias.

VI. LA ACTUACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA EN EL NUEVO PROCESO LABORAL

Luego de lo expuesto, se puede entender mejor al cambio introducido por el art. 38 de la NLPT. Como se ve, la tendencia doctrinal de hace 16 años atrás ha tenido eco en el proceso laboral, sin embargo nuestro sistema procesal ya contaba con varios antecedentes al respecto, lo cual nos hace pensar que quizá no falte mucho para que otros procesos de nuestro ordenamiento nacional tengan la misma característica no suspensiva de la casación del proceso laboral, máxime si el TC ha establecido que el efecto suspensivo no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias. De la lectura del artículo 38 se puede advertir que el legislador proyecta que la revisión de la Corte Suprema dura un año puesto que la carta fianza debe incluir a los intereses que se generan durante ese lapso, amén de los costos y costas. La carencia del art. 38 es no haber regulado la hipótesis del éxito de la casación, pues en ese caso la fianza otorgada ha generado un perjuicio al ejecutado. En todo caso, considerando que estamos ante una ley

joven, este supuesto podría agregarse en una eventual modificatoria de la misma. Finalmente, con esta importante herramienta laboral, es posible pronosticar que el número de casaciones va a disminuir debido a que el dilema de impugnar o pagar es bastante simple de resolver.

VII. CONCLUSIONES

Primera.- La mejor forma de prevenir la interposición de una impugnación dilatoria es que el propio impugnante lo decida así ante la imposición legal de anticipar los efectos de la sentencia. Así lo ha entendido la NLPT.

Segunda.- En varios sistemas procesales la actuación de la sentencia impugnada es solicitada por el demandante y es este el que otorga la fianza para evitar el perjuicio irreparable. En el nuevo proceso laboral es el ejecutado el que la otorga.

Tercera.- La NLPT no regula el supuesto de la estimación de la casación, lo que implicaría que el otorgamiento de la fianza ha podido generar un daño al ejecutado. Valdría la pena dictar una norma adicional al respecto.

Cuarta.- El TC ha establecido que el efecto suspensivo no es un derecho constitucional.

Quinta.- Existen varias fórmulas legales para ejecutar sentencias de primera instancia.

Sexta.- Con la NLPT, el número de casaciones va a disminuir.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Mauro Ugaz Olivares^()*

*Sebastián Soltau Salazar^(**)*

I. INTRODUCCIÓN

Un proceso laboral que pretenda constituirse en un instrumento idóneo para la efectiva tutela de los derechos laborales debe estar diseñado de forma tal que procure la igualdad procesal de las partes. Precisamente, concedores de las desigualdades que se presentan en el contrato de trabajo, es usual que los ordenamientos adjetivos laborales permitan el acceso de las organizaciones sindicales a los escenarios procesales con el propósito de compensar tal diferencia⁽¹⁾.

En esta línea se encuentra la nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, la NLPT), cuyas disposiciones evidencian una apuesta por la participación activa de las organizaciones sindicales en la defensa judicial de los derechos de sus dirigentes y afiliados, ya sea facilitando su actuación como representantes procesales, o legitimándolas para la formulación de diversas pretensiones.

(*) Profesor contratado de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(**) Alumno del doceavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente del Curso de Teoría General del Proceso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Editorial Trotta, Valladolid, 1995, p. 45.

Así las cosas, es imprescindible destacar que este es uno de los aspectos en los que la NLPT se distingue de su predecesora, la Ley N° 26636 (en adelante, la LPT), que lejos de favorecer la actuación procesal de los sindicatos, la limitaba considerablemente⁽²⁾.

A lo largo del presente artículo, analizaremos los diversos supuestos en los cuales una organización sindical cuenta con legitimación procesal activa (es decir, cuando se encuentra apta para ser parte demandante), a la luz de lo dispuesto por los artículos 8 y 9 de la NLPT. En tal sentido, corresponderá que, en primer lugar, aclaremos qué debemos entender por legitimación procesal, diferenciándola de otras instituciones con las cuales se la suele confundir (nos referimos a la capacidad y representación procesales). Luego, distinguiremos los tipos de intereses o derechos⁽³⁾ (individuales, colectivos e individuales homogéneos) que una organización sindical puede defender a través de un proceso laboral, lo que se encuentra íntimamente vinculado a la relatividad de la cosa juzgada consagrada por el artículo 18 de la NLPT, punto sobre el cual haremos algunas precisiones.

Cabe precisar que a lo largo de este artículo haremos referencia a la clasificación de derechos colectivos o individuales desde la óptica procesal, sin tomar en consideración la clasificación utilizada en el plano laboral que identifica los derechos de titularidad del individuo como individuales y de titularidad del sindicato como colectivos.

Asimismo, queremos mencionar que haremos alusión a lo largo del artículo al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante, el Código Modelo) así como a los comentarios que sobre este han realizado diversos autores, el cual, no obstante, carecen de efectos vinculantes, ha influenciado en la regulación de la actuación procesal de los sindicatos en la NLPT, por lo que constituye referente obligado al momento de determinar sus alcances.

II. CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN PROCESAL

En términos sencillos, podría decirse que la legitimación procesal o legitimidad para obrar, es un presupuesto procesal que tiene por objetivo evitar que

(2) Aunque referida a la representación procesal, no podemos dejar de mencionar la polémica suscitada a propósito de la incongruencia existente entre lo establecido por el literal c) del artículo 8 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y el artículo 10 de la LPT, la cual fuera resuelta por la jurisprudencia reafirmando la validez de lo dispuesto por la LPT. Para mayores detalles, recomendamos la lectura de: ULLOA MILLARES, Daniel. La capacidad (y legitimidad) procesal laboral de las organizaciones sindicales. En: *Derecho & Sociedad*, Año 16, N° 25, 2005, pp. 202-203.

(3) En adelante solo utilizaremos el término “derechos”, pues coincidimos con aquellos autores que defienden la apertura del concepto tradicional del derecho subjetivo, para así admitir que una colectividad de individuos pueden ser sujetos de derecho. Un comentario sobre el particular, podrá encontrarse en: GIDI, Antonio. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En: *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México D.F., 2003, pp. 25-26.

en el proceso participen sujetos que no tienen relación alguna con lo que se está discutiendo.

Decimos que se trata de un presupuesto procesal en tantos nos encontramos frente a uno de los “requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida”⁽⁴⁾; en consecuencia, si alguna de las partes del proceso no cuenta con legitimación procesal (ya sea activa o pasiva, según el caso)⁽⁵⁾, el juez se encontrará impedido de emitir un pronunciamiento sobre el fondo que ponga fin a la controversia, pudiendo afirmarse que su existencia es tan importante que “*aun cuando las partes no denuncien su ausencia, el propio juez puede notar su falta y entonces el proceso no puede continuar*”⁽⁶⁾.

Sobre el particular, Montero Aroca ha señalado que “la legitimación es un presupuesto o impedimento procesal en cuanto que: 1 Su existencia o inexistencia viene determinada por una norma procesal, pues esta naturaleza tiene la norma que atribuye la legitimación ordinaria, la que priva de la misma y la que concede la legitimación extraordinaria en cualquiera de sus manifestaciones. 2 Su existencia o inexistencia no atiende a determinar el fondo de la sentencia sino, simplemente, a que esta pueda dictarse, por cuanto la concesión o no por la ley de legitimación no sirve para atribuir derechos subjetivos y obligaciones materiales, sino que simplemente coloca o no a una persona en la posición habilitante para impetrar la actuación jurisdiccional de la ley en el caso concreto”⁽⁷⁾.

Esto último es de suma importancia, pues como bien menciona el citado autor, “*el problema básico que ha presentado la legitimación hasta ahora es el de su confusión con la cuestión de fondo que se discute en el proceso*”⁽⁸⁾. No son pocos, pues, los que en la actualidad siguen sosteniendo –erróneamente– que la legitimidad para obrar es la relación lógico-jurídica que existe entre los sujetos de la relación material y los sujetos de la relación procesal.

Corresponde, pues, recalcar que “es necesario distinguir entre titularidad activa o pasiva de la relación jurídico material que se discute en el proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo, y posición habilitante para formar la pretensión (legitimación activa) o para que contra él se forme (legitimación pasiva) en condiciones de ser examinada por el tribunal en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, que se regula por normas procesales”⁽⁹⁾.

(4) VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 80.

(5) Aunque se trate de una clasificación de poca utilidad, se suele distinguir entre la legitimación procesal de la parte demandante (llamada activa) y la legitimación procesal de la parte demandada (llamada pasiva).

(6) *Ibidem*.

(7) MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el proceso civil* (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él). Civitas, Madrid, 1994, p. 93.

(8) *Ídem*, p. 35.

(9) *Ibidem*.

Si obviamos esta distinción, podríamos llegar, por ejemplo, al absurdo que las demandas de reconocimiento de vínculo laboral sean declaradas improcedentes porque el demandante no cuenta con legitimación procesal activa, en tanto no ha podido acreditar desde un inicio que es trabajador de la empresa demandada, lo que precisamente constituye el objeto sobre el cual debe pronunciarse la sentencia.

En definitiva, consideramos que la legitimación procesal debe ser “entendida como posición habilitante para formular la pretensión y para que contra alguien se formule, que se resuelve normalmente en las afirmaciones por el actor de la titularidad del derecho subjetivo y en la imputación al demandado de la titularidad de la obligación”⁽¹⁰⁾. Nótese que de acuerdo a la definición propuesta, la legitimación procesal normalmente viene determinada por las afirmaciones realizadas por el demandante, lo que quiere decir que hay supuestos excepcionales en los cuales quien demanda no afirma la titularidad del derecho subjetivo, a pesar de lo cual sí se encuentra en la posición habilitante para formular la pretensión.

A fin de aclarar este punto, pasamos a explicar las dos formas en que puede manifestarse la legitimación procesal: (i) legitimación ordinaria; y, (ii) legitimación extraordinaria.

1. Legitimación ordinaria

La legitimación ordinaria es la que corresponde a quien afirma ser titular del derecho subjetivo (legitimación ordinaria activa) y a quien se le imputa la titularidad de la obligación (legitimación ordinaria pasiva).

Como viéramos antes, para efectos de la determinación de la existencia de este tipo de legitimación, no tiene relevancia alguna que las partes efectivamente sean el titular activo y pasivo, respectivamente, de la relación jurídico material que se discute en el proceso, cuestión eminentemente de fondo y que se dilucidará con la sentencia; lo único que interesa aquí son las afirmaciones realizadas por el demandante.

Montero Aroca enfatiza esta idea al mencionar que “dado que de modo previo al proceso, y ante una relación jurídica controvertida, no puede saberse si el derecho y la obligación existen y quiénes son sus titulares, el derecho a la tutela judicial ha de reconocerse a quien afirma ser su titular activo y contra el que se impute la titularidad pasiva. Esas meras afirmaciones tienen que ser bastantes para poner en marcha el medio de tutela judicial que es el proceso”⁽¹¹⁾.

Si bien refiriéndose exclusivamente al proceso civil, el citado autor afirmar que “en un ordenamiento basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular la pretensión con legitimación es quien

(10) MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 44.

(11) Ídem, p. 42.

afirme su titularidad activa de la relación jurídico material”⁽¹²⁾; como veremos más adelante, esta afirmación se relativiza al existir diversos supuestos en los que la ley es quien concede legitimación procesal (activa o pasiva) a determinados sujetos, independientemente de la voluntad de quien eventualmente podría afirmar ser titular del derecho subjetivo.

2. Legitimación extraordinaria

La legitimación extraordinaria es la que corresponde a quien demanda sin afirmar la titularidad del derecho subjetivo o a quien es demandado sin que se le impute la titularidad de la obligación, siendo la ley la que concede tal legitimación sustentándose en causas de diversa índole⁽¹³⁾.

Cabe aclarar que el hecho de que la ley le conceda legitimación extraordinaria, por ejemplo, a un sindicato para que en determinados supuestos pueda demandar en defensa de los derechos de sus dirigentes y afiliados, no significa que estos de plano pierdan la posibilidad de iniciar un proceso judicial con la misma finalidad, valiéndose para ello de una legitimación ordinaria⁽¹⁴⁾.

En todo caso, es importante reparar en que “estos casos abarcan una gama muy amplia y en el derecho privado precisan estar cubiertos por norma expresa de atribución de legitimación, norma que es siempre procesal, independientemente del lugar que ocupe en los cuerpos legales”⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, mencionábamos antes que la regla general es que solo quien afirma la titularidad del derecho subjetivo se encuentra legitimado para demandar; sin embargo, hay casos en los cuales el legislador entiende que es necesario dar una mayor protección a determinados derechos, por lo cual decide extender la legitimación procesal a otros supuestos. Un ejemplo podría ser lo dispuesto por el artículo 9.1 de la NLPT, que concede legitimación extraordinaria a las organizaciones sindicales para formular pretensiones derivadas de la afectación de ciertos derechos individuales de sus dirigentes y afiliados (entre ellos, el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo).

En suma, la legitimación extraordinaria es la que nace de la ley y no de las afirmaciones realizadas por el demandante, que encuentra su razón de ser en causas

(12) Ídem, pp. 38-39.

(13) Ídem, p. 36.

(14) En este sentido, si bien de acuerdo al artículo 9.1 de la NLPT un sindicato cuenta con legitimación extraordinaria para demandar en aquellos casos en que uno de sus miembros sea víctima de discriminación en el acceso al empleo, ello no significa que previamente la propia víctima no pueda interponer una demanda por los mismos motivos. Nótese que en ambos casos la pretensión es la misma (“que cese el acto que supone una afectación del derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo de la víctima”), por lo que si uno de los dos ya interpuso la demanda, existirá litispendencia al momento que el segundo interponga la suya.

(15) Ídem, p. 49.

diversas, tales como la necesidad de brindar una mayor protección a determinados derechos, así como en la propia naturaleza de los derechos que se pretende tutelar.

3. Distinción con la capacidad y representación procesales

Es usual que la legitimidad para obrar activa o pasiva sea una institución que se confunda con la capacidad y representación procesal, para lo cual, nos vamos a permitir describir sus diferencias.

En lo que respecta a la capacidad procesal, podemos definirla como “la aptitud para realizar activa o pasivamente actos jurídicos procesales con eficacia, en nombre propio o por cuenta ajena, que poseen las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en el proceso se hacen valer (...)”⁽¹⁶⁾.

Como vemos, en nada se relaciona la capacidad procesal con la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo o la imputación de la titularidad de una obligación, encontrándose más bien referida a la capacidad que tienen las partes para desarrollar por sí mismas las situaciones jurídicas que se discuten en el proceso, que en el caso de las personas naturales suele adquirirse a los 18 años de edad. Esto quiere decir, que la parte (demandante o demandada) que no cuente con capacidad procesal, necesariamente deberá actuar en el proceso a través de un representante; no obstante, la legitimación procesal deberá evaluarse siempre con respecto a aquella y no a su representante.⁽¹⁷⁾

Cabe anotar que el artículo 8 de la NLPT presenta novedades en este punto, toda vez que establece expresamente que “*los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal*”, lo que significa que estos cuentan con capacidad procesal.

Con relación a la representación procesal, Monroy Gálvez ha señalado que “cuando el sujeto de derechos que es la parte material no es la parte procesal, es porque en la relación procesal se ha presentado la figura de la representación procesal, de lo contrario, la relación procesal estará totalmente viciada”⁽¹⁸⁾. Asimismo, ha precisado que “esta institución –la representación procesal– posibilita que la parte material actúe en un proceso a través de la actividad procesal realizada por otra persona en su nombre, es decir, lo que el representante legal haga no lo afecta a él, sino a su representado”⁽¹⁹⁾.

(16) MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Parte, tercero, acumulación e intervención procesal*. Palestra, Lima, 2001, p. 39.

(17) Quizás también sea importante distinguir la capacidad procesal de la capacidad para ser parte, entendida como aquella “que se reconoce a todo el que posee capacidad jurídica (o lo que es lo mismo capacidad de goce), pudiendo por ello ser sujeto de una relación jurídico procesal y con ello titular de derechos, cargas y obligaciones que se derivan del proceso”. En buena cuenta, puede afirmarse que “este concepto no es más que la proyección de la capacidad jurídica del derecho civil en el ámbito procesal”. Ídem, pp. 34-35.

(18) MONROY GÁLVEZ, Juan. “La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación”. En: *Ius et Veritas*, Año V, N° 10, 1995, p. 276.

(19) Ídem, pp. 276-277.

Como podrá apreciarse, el autor citado utiliza el término “parte procesal”, para referirse a quienes realizan la actividad procesal (es decir, los representantes). En nuestra opinión, ello conlleva el riesgo de incurrir en equívocos, puesto que la llamada parte procesal en estricto no es parte del proceso, en el entendido que “parte es quien acude al órgano jurisdiccional con una demanda, planteando una pretensión (demandante) y designa en su demanda al sujeto que le exige una conducta determinada (demandado)”⁽²⁰⁾; por consiguiente, la legitimación procesal tiene que evaluarse con respecto a la llamada parte material, y no a su representante.

En todo caso, cabe precisar que “la realización de actividad por persona distinta de quien es parte material, puede ocurrir debido a que esta carece de capacidad procesal o porque teniéndola, decide voluntariamente que otra persona actúe en su lugar”⁽²¹⁾, a lo que habría que añadir el supuesto contemplado en el artículo 8.3 de la NLPT, conforme al cual un sindicato puede actuar en defensa de sus dirigentes y afiliados, sin necesidad de poder especial de representación, lo que podríamos calificar como una especie de representación *ex-lege*.

En definitiva, lo importante para efectos del tema que ahora nos ocupa, es distinguir aquellos supuestos en los cuales un sindicato actúa como representante procesal de sus dirigentes y afiliados, en los cuales no será, en estricto, parte del proceso, de aquellos otros en los cuales cuenta con legitimación para demandar.

Tal distinción, lejos de ser meramente teórica, tendrá importantes consecuencias prácticas, máxime en lo que respecta a las excepciones procesales que podrán ser formuladas contra las demandas interpuestas⁽²²⁾.

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN LA LPT

El artículo 9 de la LPT establece que “las organizaciones sindicales y asociativas constituidas y reconocidas de acuerdo a ley, tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que les son propios”.

Sobre la base del texto normativo citado, autores como Ulloa Millares concluyeron que “dichas organizaciones pueden presentar una demanda solamente para defender los derechos colectivos que les son propios, es decir, si el empleador incumple con otorgarles un beneficio previamente pactado o existente, como por ejemplo el alquiler de un local para fines sindicales o proceder al descuento de las

(20) MORALES GODO, Juan. “La noción de parte”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° III, p. 199.

(21) MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 277.

(22) Si se entiende que el sindicato está actuando como representante, la parte demandada podría formular la excepción de representación defectuosa, que es una excepción dilatoria (si se declara fundada, no pone fin al proceso); sin embargo, si se entiende que el sindicato está actuando en virtud a la legitimación extraordinaria que le ha concedido la ley, la parte demandada podría formular la excepción de falta de legitimidad para obrar activa, que es una excepción perentoria (si se declara fundada, pone fin al proceso).

cuotas sindicales de sus afiliados”⁽²³⁾. En consecuencia, “los derechos individuales (aquellos que toda persona puede exigir por la existencia de una relación laboral) y los derechos colectivos que no les son propios (considerando en este grupo lo previsto en cláusulas normativas en favor de los representados y no de la organización sindical) no pueden ser reclamados por las organizaciones sindicales”⁽²⁴⁾.

Como veremos más adelante, en el marco de la NLPT, influenciada por lo dispuesto en el Código Modelo, no podemos continuar refiriéndonos a los derechos de titularidad del sindicato (por ejemplo, aquellos derivados de la cláusula obligacional de un convenio colectivo), como derechos colectivos, toda vez que esta denominación debe reservarse para aquellos “derechos transindividuales”, de titularidad de una colectividad conformada por un grupo indeterminado pero determinable de personas (los miembros de un mismo sindicato), vinculadas entre sí por una relación jurídica base (la afiliación a un mismo sindicato)⁽²⁵⁾.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 10 de la LPT establece que “los trabajadores pueden conferir su representación en los conflictos jurídicos individuales a las organizaciones sindicales de las que son miembros”, lo que debe concordarse con lo dispuesto en el primer párrafo del citado artículo, en el sentido que las partes “pueden conferir su representación a persona civilmente capaz, mediante poder extendido con las formalidades que la ley permite”.

Así las cosas, la actuación procesal de los sindicatos bajo la LPT, se reduce a los siguientes supuestos:

Supuesto	Legitimación / Representación	Ejemplo
Tutela de derechos de titularidad del sindicato	Legitimación ordinaria	Un sindicato demanda el cumplimiento de la obligación de entregarle un local, asumida por el empleador en virtud a una cláusula obligacional del convenio colectivo.
Tutela de derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga)	Legitimación extraordinaria	Un sindicato demanda al empleador por haber contratado a trabajadores con la finalidad de restarle eficacia a la medida de huelga.
Representación de sus miembros en conflictos jurídicos individuales (previo cumplimiento de las formalidades de ley)	Representación procesal	Un sindicato representa a uno de sus dirigentes en un proceso de pago de indemnización por despido arbitrario.

(23) ULLOA MILLARES, Daniel. Ob. cit., p. 201.

(24) *Ibidem*.

(25) ZANETI JUNIOR, Hermes. “Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos”. En: *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México D.F., 2003, p. 47.

En ningún caso la LPT prevé que los sindicatos cuenten con legitimación extraordinaria para defender los derechos individuales de sus dirigentes y afiliados (entre ellos, aquellos derivados de la cláusula normativa de un convenio colectivo). Por consiguiente, en el marco de esta norma, una organización sindical se ve imposibilitada de iniciar válidamente un proceso judicial exigiendo a su contraparte negocial (empresario u organización empresarial) que cumpla con pagar los diversos beneficios pactados en un convenio colectivo, incluso cuando tal incumplimiento afecte a la totalidad de los trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de este. La única alternativa para que el sindicato pueda tener una participación activa en el proceso, aunque sin constituirse en parte, es que actúe como representante procesal de sus miembros, para lo cual se exige el cumplimiento de las formalidades de ley, es decir, la extensión de los respectivos poderes especiales de representación.

Queda claro, pues, a qué nos referíamos cuando afirmábamos que la LPT no favorece la actuación procesal de los sindicatos, cuestión que ha querido modificarse con la NLPT, la cual permite superar varias de los obstáculos descritos.

No obstante ello, nuestra jurisprudencia –durante la vigencia de la LPT– se ha manifestado en un sentido diferente con relación a la posibilidad de que los sindicatos pueden representar a sus trabajadores en tales casos. En efecto, la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, referido al Expediente N° 3983-98-A, señala en su Considerando Nueve que: “en el presente conflicto se discute un supuesto incumplimiento de disposiciones legales y convencionales que perjudica de manera uniforme a toda la colectividad de trabajadores que representa el sindicato, consecuentemente estamos claramente frente a un conflicto colectivo en razón que el interés en juego atañe a todos los trabajadores, en consecuencia al tener carácter colectivo el conflicto se atribuye su tutela judicial a las organizaciones sindicales quienes tienen la representación colectiva”.

Por su parte, la Casación N° 1315-97-Lima, ha establecido en su Considerando Cuarto lo siguiente: “se produce un conflicto colectivo cuando se afecta los derechos e intereses de la totalidad de trabajadores de una empresa, una sección, una rama de actividad o un oficio, cuya defensa es la finalidad esencial de toda organización sindical”. Por otro lado, la citada Casación define también en su Considerando Quinto qué es un conflicto que involucra un derecho individual, señalando que: “los derechos que concede la Ley o los convenios colectivos, adquieren naturaleza individual cuando se incorporan en los contratos de trabajo de cada servidor y se ejecutan con características especiales, más cuando permanecen en la fuente, tienen carácter general que corresponde a este tipo de normas”.

Dado que en el siguiente acápite nos ocuparemos a detalle de las modificaciones operadas en cuanto a la legitimación procesal de las organizaciones sindicales, creemos pertinente referirnos brevemente a las modificaciones relacionadas a la representación procesal que estas podrán ejercer de sus dirigentes y afiliados.

Sobre el particular, el artículo 8.3 de la NLPT establece lo siguiente: “Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados **sin necesidad de poder especial de representación**; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso.

La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados”.

De acuerdo a la disposición citada, los sindicatos ya no requieren de poder especial para asumir la representación de sus dirigentes y afiliados en los conflictos jurídicos individuales que estos mantengan con su empleador, los cuales pueden encontrarse referidos a diversos asuntos (reconocimiento de vínculo laboral, pago de indemnización por despido arbitrario, homologación remunerativa, etc.).

Ahora bien, aunque es cierto que los sindicatos tendrán mayores facilidades para representar a sus miembros, ello no quiere decir que por tal motivo se constituirán en parte del proceso o, lo que es lo mismo, que el artículo 8.3 de la NLPT les concede legitimación extraordinaria. Arribar a tal conclusión supondría confundir la legitimación procesal con la representación procesal: se le otorga al Sindicato una herramienta a fin que pueda representar a sus afiliados sin ningún tipo de apoderamiento expreso con el objeto de facilitar la defensa de sus afiliados.

En este sentido, quien afirma la titularidad del derecho subjetivo, aun cuando sea representado por el sindicato, y formula la o las pretensiones ante el órgano jurisdiccional, es el trabajador individualmente considerado. Lo anterior queda confirmado por el último párrafo de la disposición citada, que acertadamente enfatiza que los derechos económicos que pudieran reconocerse a favor de los afiliados no corresponden al sindicato, lo que es lógico si entendemos que este únicamente actúa como representante.

IV. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES EN LA NLPT

Habiendo descrito las modificaciones realizadas por la NLPT en línea de facilitar que las organizaciones sindicales actúen como representantes procesales de sus dirigentes y afiliados, corresponde que ahora nos detengamos en el análisis de los diversos supuestos en los que un sindicato se encuentra legitimado para demandar o formular una pretensión, constituyéndose así en parte del proceso, para lo cual es necesario que distingamos los distintos tipos de derechos cuya tutela podría procurar.

Así las cosas, creemos pertinente definir y distinguir los siguientes tipos de derechos: (i) derechos difusos; (ii) derechos colectivos; y, (iii) derechos individuales homogéneos. Para ello nos basaremos en las consideraciones planteadas por

GIDI⁽²⁶⁾ y ZANETI JUNIOR⁽²⁷⁾, a propósito de las disposiciones que actualmente se encuentran contempladas en el Código Modelo.

Los derechos difusos son derechos transindividuales⁽²⁸⁾, de naturaleza indivisible, de titularidad de una comunidad conformada por personas indeterminadas e indeterminables, vinculadas por circunstancias de hecho, no existiendo entre ellas un vínculo común de naturaleza jurídica. Un ejemplo típico son los derechos a la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural.

Por su parte, los derechos colectivos son derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de titularidad de una colectividad conformada por personas indeterminadas pero que pueden ser determinables, vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. El derecho de negociación colectiva se ubica en esta categoría desde el punto de vista procesal.

Como podrá apreciarse, lo que diferencia a los derechos colectivos de los derechos difusos, son básicamente dos elementos: (i) la existencia de una relación jurídica base entre las personas que conforman la colectividad; y, (ii) la determinación de las personas que conforman la colectividad (lo que no quiere decir que el derecho colectivo sea la suma de los derechos individuales de estas personas ya que ambos casos se tratan de derechos indivisibles).

En cuanto a los derechos individuales homogéneos, estos son una compilación de derechos individuales divisibles, cuya homogeneidad viene determinada por un origen común. En este sentido, si bien en estricto se tratan de derechos individuales homogéneamente considerados, su titularidad corresponde a los individuos involucrados en un mismo evento, siendo que la divisibilidad únicamente se manifestará en las fases de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva. Un ejemplo puede ser el derecho que tendrían los trabajadores de una empresa a exigir a esta que cumpla con entregarles dos pares de zapatillas cada 1 de mayo, cuando tal conducta ha devenido en costumbre. En este caso, como es claro, estamos frente a una serie de derechos individuales (derecho del trabajador X a que se le entreguen dos pares de zapatillas), que pueden compilarse en virtud a su origen común (la conducta del empleador consistente en el incumplimiento de la costumbre).

Como veremos a continuación, más allá de la legitimación ordinaria que corresponde a los sindicatos en los procesos en que soliciten la tutela de los derechos que les son propios, la NLPT los ha legitimado (de forma extraordinaria) para formular pretensiones en defensa de determinados derechos individuales de sus miembros, de los derechos colectivos, así como de derechos individuales homogéneos,

(26) GIDI, Antonio. Ob. cit., pp. 29-38.

(27) ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit., pp. 46-52.

(28) La transindividualidad implica que estamos frente a “derechos que trascienden la esfera individual, siendo diferentes de cada uno y de la adición de los derechos subjetivos individuales”. GIDI, Antonio. Ob. cit., p. 32.

suponiendo esto último, una de sus principales novedades. Cabe precisar que la NLPT no ha contemplado ningún supuesto de tutela de derechos difusos, toda vez que los distintos tipos de derechos que tanto sindicatos como otros sujetos pueden defender a la luz de sus disposiciones, siempre serán de titularidad de un trabajador específico o de un grupo indeterminado pero determinable de trabajadores.

1. Supuestos de legitimación ordinaria: tutela de derechos de titularidad de la organización sindical.-

De lo expuesto líneas atrás, se desprende que la legitimidad ordinaria activa es la posición habilitante para formular una pretensión, que corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo. En este sentido, cuando una organización sindical solicite la tutela de sus derechos mediante la interposición de una demanda, nos encontraremos ante un supuesto de legitimación ordinaria. Es el caso, por ejemplo, de una demanda por la cual un sindicato exige el cumplimiento de lo dispuesto en una cláusula obligacional del convenio colectivo o que el empleador cumpla con efectuar los descuentos por concepto de cuotas sindicales a sus afiliados.

2. Supuestos de legitimación extraordinaria.-

Los siguientes supuestos se distinguen del anterior, toda vez que el sindicato ocupa la posición habilitante para formular una pretensión, no en virtud a la afirmación de derecho subjetivo alguno, sino debido a una habilitación legal expresa.

A. Tutela de derechos individuales.-

De acuerdo al artículo 9.1 de la NLPT, “las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, **una organización sindical**, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público”.

Así, es la ley la que expresamente concede legitimación procesal a los sindicatos, en aquellos casos en que uno de sus miembros vea afectados determinados derechos individuales (derecho a no ser discriminado, derecho a la libertad de trabajo, etc.), de las siguientes formas: (i) siendo víctima de discriminación en el acceso al empleo (por ejemplo, por su condición de afiliado al sindicato); (ii) siendo víctima de trabajo forzoso; y, (iii) siendo víctima de trabajo infantil.⁽²⁹⁾

(29) Los alcances de los conceptos “trabajo forzoso” y “trabajo infantil” deberían ser determinados de acuerdo a lo dispuesto por los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que se condice con lo señalado en el artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria de la NLPT.

Recalcamos que tratándose de derechos individuales del afectado directo, la legitimación extraordinaria concedida al sindicato y otros sujetos, no es óbice para que este inicie un proceso judicial por su cuenta (en cuyo caso, estaríamos ante un supuesto de legitimación ordinaria), aunque dado que se trata de una única pretensión, tendría que hacerlo antes que el sindicato; de lo contrario, existiría litispendencia ya que la NLPT no ha resuelto esta posibilidad de manera distinta.

Por último, queremos precisar que si las pretensiones de dos o más afiliados del sindicato son conexas (por ejemplo, ambas se fundamentan en los mismos hechos que constituyen una discriminación en el acceso al empleo), estas podrán ser acumuladas como pretensiones principales independientes en una misma demanda.

B. Tutela de derechos colectivos.-

El artículo 8.2 de la NLPT establece que “los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, **en defensa de los derechos colectivos** y en defensa de sus dirigentes y afiliados”.

Por su parte, el artículo 9.2 indica que “cuando se afecten los derechos de **libertad sindical, negociación colectiva, huelga**, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes **el sindicato**, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito”.

Como se mencionó anteriormente, los derechos colectivos son derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de titularidad de una colectividad conformada por personas indeterminadas pero determinables, vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

La definición propuesta, si bien completa, se presta a ciertas confusiones. En este sentido, es preciso aclarar que cuando indicamos que el derecho colectivo es de titularidad de una colectividad, no estamos diciendo que su titular sea la persona natural o jurídica que representa a tal colectividad. En palabras de GIDI, “los derechos supraindividuales (categoría que abarca a los derechos difusos y colectivos) no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”⁽³⁰⁾. En esta línea y desde el punto de vista procesal, es necesario que entendamos que el sindicato no es, en estricto, titular de los derechos colectivos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, aunque ello pueda sonar extraño. Corresponde que distingamos, pues, entre los planteamientos de la doctrina laboral, absolutamente

(30) GIDI, Antonio. Ob. cit., p. 32.

válidos por cierto, y la noción que de los derechos colectivos debemos adoptar a fin de comprender cabalmente la regulación de la legitimación procesal de los sindicatos en la NLPT.

Ahora bien, según las disposiciones citadas, las organizaciones sindicales se encuentran legitimadas (legitimación extraordinaria) para defender judicialmente los derechos colectivos, lo que ya se había previsto, aunque de forma un tanto confusa, en la LPT. Así, por ejemplo, un sindicato podrá demandar a su contraparte (empleador u organización de empleadores) si esta adopta conductas tendientes a restarle eficacia a la medida de huelga.

Sin perjuicio de lo anterior, lo realmente novedoso es que de acuerdo al artículo 9.2, cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito también se encuentra legitimado para formular una pretensión en defensa de los derechos colectivos (la misma que formularía el sindicato, al tratarse de una única pretensión), lo que resulta bastante resaltante, especialmente si atendemos a los efectos de la cosa juzgada en estos casos como veremos más adelante. Sin embargo, esta posibilidad aún debería ser delineada con mayor precisión por nuestra jurisprudencia con el propósito de esclarecer sus reales alcances.

C. Tutela de derechos individuales homogéneos.-

Si nos detenemos en el análisis de los alcances de lo dispuesto por el artículo 9.2, podremos notar que este no solo legitima a los sindicatos para formular pretensiones en defensa de los derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga)⁽³¹⁾, sino de forma más general, en defensa de cualquier derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios.

A partir de esta constatación, y de la incorporación del artículo 18 que comentaremos más adelante, concluimos que la NLPT ha reconocido la posibilidad de que los sindicatos, entre otros sujetos, puedan solicitar la protección de los llamados derechos individuales homogéneos, los cuales hemos definido como la compilación de derechos individuales divisibles, cuya homogeneidad viene determinada por un origen común.

Nótese que a diferencia de los derechos colectivos, por naturaleza transindividuales e indivisibles, los derechos individuales homogéneos son, en esencia, derechos individuales, por lo que manifiestan su divisibilidad en las etapas de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva, lo que ha llevado a autores como Barbosa Moreira ha calificarlos como derechos “accidentalmente colectivos”⁽³²⁾. En todo caso, es importante destacar que lo que justifica el tratamiento homogéneo de una

(31) La alusión expresa que la disposición bajo comentario hace al derecho a la seguridad y salud en el trabajo nos parece desafortunada, toda vez que al ubicarlo junto a derechos que sí constituyen propiamente derechos colectivos, pareciera querer dársele tal calidad, lo que a nuestro criterio no se trata de una clasificación adecuada.

(32) *Ibidem*.

serie de derechos individuales, es que estos cuentan con un origen común, que en el caso de las controversias laborales, está constituido comúnmente por una misma conducta del empleador.

Así, como ejemplos de derechos individuales homogéneos, podemos mencionar los siguientes: (i) el derecho que tienen los afiliados a un sindicato a que el empleador cumpla con pagarles el bono por cierre de pliego fijado en una cláusula normativa del convenio colectivo; y, (ii) el derecho que tienen los trabajadores víctimas de un accidente producto del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte de su empleador, a solicitar de este el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

El siguiente cuadro sintetiza los diversos supuestos en los cuales un sindicato cuenta con legitimación procesal activa, según lo dispuesto por la NLPT:

Supuesto	Legitimación	Ejemplo	Base legal
Tutela de derechos de titularidad del sindicato	Ordinaria	Un sindicato demanda el cumplimiento de la obligación de entregarle 40 cajas de víveres al cierre de la negociación, asumida por el empleador en virtud a una cláusula obligacional del convenio colectivo.	Artículo 8.2
Tutela de derechos individuales	Extraordinaria	Un sindicato demanda por haberse afectado el derecho a no ser discriminado en el acceso al empleo o quebrantado las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil con respecto a uno o más de sus miembros.	Artículo 8.2 Artículo 9.1
Tutela de derechos colectivos	Extraordinaria	Un sindicato demanda al empleador por haberse negado a habilitar un espacio para que pueda publicar sus anuncios en el centro de trabajo.	Artículo 8.2 Artículo 9.2
Tutela de derechos individuales homogéneos	Extraordinaria	Un sindicato demanda al empleador para que cumpla con pagar a sus miembros, la asignación por escolaridad establecida en una cláusula normativa del convenio colectivo.	Artículo 8.2 Artículo 9.2

V. EL ARTÍCULO 18 DE LA NLPT Y LA RELATIVIDAD DE LA COSA JUZGADA

Siendo que hemos abordado el tema de la legitimación procesal de los sindicatos en la formulación de pretensiones en defensa de derechos individuales homogéneos, no podemos dejar de hacer algunos comentarios a lo dispuesto por el artículo 18 de la NLPT, de cuyo texto se desprende la relatividad de la cosa juzgada en estos casos. El artículo en mención dispone literalmente lo siguiente:

“Cuando en una sentencia **se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial**, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, **siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República**, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

En el proceso individual de liquidación del derecho reconocido es improcedente negar el hecho declarado lesivo en la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República. El demandado puede, en todo caso, demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia”.

De acuerdo a la disposición citada, el solo hecho que la pretensión formulada en defensa de un derecho individual homogéneo sea amparada, no basta para que automáticamente todos los miembros del grupo o categoría (titulares de los derechos individuales homogéneamente considerados) accedan al derecho reclamado. Por el contrario, será necesario que estos inicien procesos individuales de liquidación del derecho reconocido. Además, la sentencia que declara la existencia de una afectación del derecho individual homogéneo tendrá que haber sido dictada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema; de lo contrario, no habilitará a los miembros del grupo o categoría para que inicien sus respectivos procesos individuales de liquidación.

Nos explicamos. Imaginemos el caso de un sindicato de empresa, que en virtud a lo dispuesto por el artículo 9.2 de la NLPT formula una pretensión contra la empresa, para que esta cumpla con pagarle a sus afiliados el bono por cierre de pliego que se pactó en una cláusula normativa del convenio colectivo. El derecho al pago de este bono puede ser calificado como un derecho individual homogéneo, en tanto se trata de la compilación de los derechos individuales de los afiliados que tienen un origen común (la conducta del empleador consistente en no cumplir con el pago del bono).

Si la demanda del sindicato de nuestro ejemplo es declarada fundada, ello no significa que todos los afiliados al sindicato, individualmente considerados, ya cuentan con una sentencia que ordena el pago del bono a su favor. Por el contrario, será necesario que la sentencia declarativa del derecho del grupo o categoría haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, y que además cada afiliado inicie un proceso individual de liquidación. En estos procesos individuales de liquidación, la empresa no podrá negar el hecho declarado lesivo (que no ha cumplido con el pago del bono por cierre de pliego), mas sí podrá discutir que el trabajador se encuentra dentro del ámbito de la sentencia declarativa del derecho del grupo o categoría (por ejemplo, afirmando que no se trata de un trabajador afiliado al sindicato o que su afiliación es posterior a la interposición de la demanda en defensa del derecho individual homogéneo).

En suma, podemos afirmar que de declararse fundada una demanda interpuesta en defensa de un derecho individual homogéneo, de contenido patrimonial, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional únicamente tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes* en el plano colectivo; no así, en el plano individual, toda vez que cada trabajador que forme parte del grupo o categoría tendrá que iniciar un proceso individual de liquidación. Es por ello, que aseveramos que la cosa juzgada se relativiza en estos casos, idea que se refuerza si reparamos en que la sentencia únicamente tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes* en el plano colectivo, cuando haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

¿Y qué sucede cuándo la demanda en defensa de un derecho individual homogéneo es declarada infundada? Pues atendiendo a lo dispuesto por el artículo 18 de la NLPT, podemos afirmar que en este supuesto la cosa juzgada también se relativiza, toda vez que dicho artículo únicamente hace alusión a los casos en que se declare la existencia de una afectación del derecho que corresponde al grupo o categoría de prestadores de servicios. Dicho de otro modo, que se declare infundada la demanda, no constituiría un caso de cosa juzgada incluso si la decisión proviene del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema. En este punto, creemos importante remitirnos a lo dispuesto por el Código Modelo, que en el segundo párrafo de su artículo 33 dispone que “tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual”, opción que consideramos compatible con la regulación de la NLPT. Asimismo, el Código Modelo plantea que la sentencia recaída en un proceso de esta naturaleza tampoco deberá tener efectos de cosa juzgada *erga omnes*, en aquellos casos en que la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas o, cuando tratándose de relaciones jurídicas continuadas, sobreviniere una modificación en el estado de hecho o de derecho.

En todo caso, es pertinente anotar que el reconocimiento de la posibilidad de tutelar derechos individuales homogéneos impacta drásticamente en instituciones como la cosa juzgada, lo que es consecuencia, a nuestro criterio, de que en esencia no se trata de derechos transindividuales, sino de derechos individuales que reciben un “tratamiento procesal” especial con la finalidad de facilitar su tutela jurisdiccional, y a la vez garantizar que esta sea verdaderamente efectiva.

Por último, queremos enfatizar que el artículo 18 de la NLPT únicamente es aplicable en aquellos supuestos en que la actuación del sindicato, o de cualquier otro sujeto legitimado, supuso la tutela de derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial, bajo los alcances del artículo 9.2, por lo que nuestras observaciones sobre la relatividad de la cosa juzgada también se ciñen a tales supuestos⁽³³⁾.

(33) En este sentido, cuando un sindicato formule una pretensión en defensa de los derechos que le son propios, de determinados derechos individuales de sus miembros o de los derechos colectivos, la sentencia que declare fundada o infundada la demanda siempre tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes*. En estos casos

VI. REFLEXIÓN FINAL

Definitivamente, la NPLT abre un nuevo marco de actuación procesal para las organizaciones sindicales: el legislador ha querido potencializar los atributos del organismo sindical en el plano procesal y, con ello, propiciar que en las controversias las diferencias propias de una relación laboral no sean tan evidentes o un obstáculo para una adecuada defensa.

De otro lado, la NLPT ha sido evidentemente influencia por el Código Modelo, siendo necesario remitirnos a la diferenciación existente entre la tutela de derechos individuales, colectivos o individuales homogéneos para asegurarnos cuando nos encontramos ante una legitimidad ordinaria o extraordinaria del organismo sindical.

Finalmente, nuestra jurisprudencia tiene la ardua tarea de esclarecer los alcances de la intervención sindical en el proceso cuando la norma adjetiva –en su aplicación– presente dudas o tenga consecuencias que no sospechaban los legisladores al momento de promulgar la NLPT.

no corresponde hacer una distinción entre los planos individual y colectivo, toda vez que la pretensión finalmente siempre está referida a un solo derecho, ya sea individual o colectivo.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

Michael Vidal Salazar^()*

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, uno de los puntos más destacables de la Ley N° 29497, más conocida como la nueva Ley Procesal del Trabajo (“NLPT”), es la regulación que contiene en relación a la tutela cautelar. Y es que sin un cambio legislativo radical sobre la materia, no habría sido posible sostener un verdadero reconocimiento del derecho de tutelar jurisdiccional efectiva. Tal situación adquiere especial importancia considerando además que el artículo III del Título Preliminar de la NLPT recoge el citado derecho como uno de los fundamentos del proceso laboral.

De otro lado, la regulación sobre el particular contenida en la NLPT, contrasta con el tratamiento que recibe la tutela cautelar en la Ley N° 26366, Ley Procesal del Trabajo (“LPT”), el mismo que ha sido materia de constante cuestionamiento debido a su carácter limitativo.

A continuación un análisis de los principales cambios que presenta el nuevo proceso laboral en materia cautelar y la importancia de los mismos.

(*) Abogado. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Asociado Principal del Estudio Ehecopar.

I. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, TUTELA URGENTE Y TUTELA CAUTELAR

Cualquier análisis sobre la tutela cautelar debe partir de la definición de la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto, se define como tal al derecho que tiene toda persona (por el solo hecho de serlo) de exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional⁽¹⁾. Dicha definición debe ser complementada con aquella que señala que nos encontramos ante “aquel derecho que tiene todo sujeto de derecho, por el solo hecho de serlo, de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado a solicitarles protección o amparo jurídico eficaz o efectivo para solucionar o evitar un conflicto intersubjetivo de intereses, eliminar una incertidumbre jurídica, vigilar la constitucionalidad normativa o controlar las conductas antisociales—delitos o faltas—”⁽²⁾.

De esta manera, la tutela jurisdiccional efectiva apunta a que el litigante pueda acceder a un proceso eficaz, a una tutela efectiva, a un pronunciamiento final ejecutable.

Es en esa medida que, al interior de la tutela jurisdiccional efectiva toma especial relevancia lo que se conoce como tutela urgente o tutela de urgencia, nacida como consecuencia de la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria y cuya finalidad específica es neutralizar o eliminar la frustración que puede producir la demora en la tramitación de un proceso⁽³⁾.

La principal manifestación de la tutela urgente es la tutela cautelar, especie que por su desarrollo extraordinario tanto doctrinal como jurisprudencial, ha opacado a su género⁽⁴⁾. Esta tutela se manifiesta en lo que conocemos como medidas cautelares, mecanismos que tiene como fin principal “evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional, procurando garantizar ya desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones con anterioridad a esta, la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda”⁽⁵⁾.

Considerando lo antes señalado, las medidas cautelares son consideradas como uno de los mecanismos más importantes para el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva, por lo que cualquier limitación a su utilización puede considerarse como una vulneración de tal derecho. Así pues, el Tribunal Constitucional

(1) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1996. p. 245.

(2) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: PRIORI POSADA Giovanni y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Apuntes sobre derecho procesal*. ARA, Lima, 1997, p. 74.

(3) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. “Del Mito del Proceso Ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes iniciales”. En: *Sentencia Anticipada*. Despachos Interinos de Fondo. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000. p. 190.

(4) Ibid.

(5) SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona, 1974. p. 12

Español ha señalado que “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”⁽⁶⁾.

Sobre las medidas cautelares existen muchas consideraciones y discusiones. Sin embargo, hay cierto consenso en determinadas características de las mismas. En primer lugar, no son satisfactivas, es decir, las decisiones cautelares no generan firmeza o definitividad⁽⁷⁾, y en ello podemos incluso encontrar la diferencia entre las medidas ejecutivas⁽⁸⁾. De otro lado, tienen un fin autónomo⁽⁹⁾, que no es otro que lograr la eficacia del proceso, y no la satisfacción misma de una pretensión, lo que diferencia al proceso cautelar del proceso principal, a pesar de la pendencia existente del primero con el segundo.⁽¹⁰⁾

Asimismo, son características de las medidas cautelares su provisionalidad o provisoriedad, y su instrumentalidad. Sobre la primera, Calamandrei ha señalado que la cualidad provisorio de las medidas cautelares se refiere a que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal, sino que además tienen duración limitada a aquel periodo que deberá transcurrir desde que se ordena la ejecución de la medida, hasta cuando se expida la resolución final del proceso principal⁽¹¹⁾.

Acerca de la instrumentalidad como característica, por la cual se liga a todo proceso cautelar al proceso principal en previsión del cual se dicta, nace en espera de un pronunciamiento definitivo posterior, en defectos del cual no solo, no aspira a convertirse en definitiva, sino que está absolutamente condenada a desaparecer por falta de objeto⁽¹²⁾.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 14/1992.

(7) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 193.

(8) Sobre el particular, SERRA DOMINGUEZ, señala que: “(...) como acertadamente advierte Carreras entre la medida cautelar y ejecutiva debe cierta homogeneidad, que sin embargo no debe suponer en ningún caso una identidad. En efecto, la inmediata actuación del derecho constituiría la medida cautelar por excelencia, en cuyo caso sobrarían incluso las medidas cautelares. Pero al hallarse el derecho en periodo de incertidumbre, el juez no puede actuarlo sin el consentimiento que supone el procedimiento judicial, no puede por lo tanto coincidir la medida cautelar o la medida ejecutiva. Pero si puede el juez adelantar algunos efectos que permitan una situación de equilibrio entre las partes” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 19).

(9) MONROY GALVEZ; Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 193.

(10) Rasgo sobre el cual SERRA DOMINGUEZ señala “La pendencia de un proceso principal opera así como presupuesto de la mayoría de las medidas cautelares, que solo pueden adoptarse una vez iniciado el proceso principal” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 45), pensando en las medidas cautelares dentro del proceso, indicando, para el caso de las medidas fuera del proceso que “incluso en estos supuestos excepcionales, es la posibilidad y la consideración del proceso posterior el que justifica la adopción de la medida cautelar” (SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 46).

(11) CALAMANDREI, Piero. *Providencias Cautelares*, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 36-37.

(12) *Ibid.* p.44-45

Por último, hay quienes señalan como característica principal de las medidas cautelares su temporalidad, por la cual, pese a producir sus efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpelación judicial y la efectividad del derecho, es decir, están condenadas a extinguirse, tanto si se afirma la condición que le dio origen como si se la niega.⁽¹³⁾ Sin embargo, para una gran parte de la doctrina, dicha temporalidad se encontraría en su provisionalidad o provisoriedad. En ese sentido, Monroy Gálvez y Monroy Palacios, han señalado que “lo provisional se diferencia de lo temporal en que lo segundo comprende aquellas situación procesales sujetas a plazo, en cambio, las provisionales están sujetas a la configuración de una nueva situación jurídica, para referirnos al género”.⁽¹⁴⁾

Ahora bien, pese a su amplio desarrollo y regulación en los distintos ordenamiento jurídicos, la tutela cautelar ha empezado a convivir con mecanismos de protección más sofisticados, conocidos como tutela autosatisfactiva y tutela anticipatoria, cuya origen lo encontramos en la necesidad de hacer cada vez más eficaz la vía jurisdiccional.

Al respecto, nos encontramos ante la tutela autosatisfactiva cuando se presentan medidas que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, pero que se agotan en sí mismas satisfaciendo al requirente sin generar un proceso accesorio de otro principal que no es necesario promover⁽¹⁵⁾. Se trata pues de un proceso autónomo, que no necesita ni depende de otro, cuyo resultado, de ser favorable, es definitivo⁽¹⁶⁾, y para cuya tramitación no se necesita una simple verosimilitud del derecho, sino, una fuerte probabilidad, casi una certeza de estar asistidos del derecho que se invoca⁽¹⁷⁾. Así pues, se les ha definido como “soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”⁽¹⁸⁾. La ejecución de la decisión declarada en este tipo de proceso recibe la autoridad de cosa juzgada, siendo inmutables sus efectos⁽¹⁹⁾.

Sobre la tutela anticipatoria, manifestada en las denominadas medidas anticipatorias, debemos indicar que existe una gran discusión sobre si estas últimas son realmente una forma especial de tutela, distinta a la cautelar, o si forman parte de esta. Quienes sostienen su autonomía, afirman que las medidas anticipatorias

(13) SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco Ob. cit., p.17.

(14) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p.194.

(15) PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”. En: *ADVOCATUS* Nueva Época, Primera Entrega, Lima, 1998. p.12.

(16) SEDITA, José Luis. “Tutela Anticipada en General y en el Derecho Laboral”. En: *Sentencia Anticipada*. Despachos Interinos de Fondo. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 705.

(17) *Ibid.* p. 706.

(18) DE LOS SANTOS, Mabel A. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° III. Lima, 1999. p. 74.

(19) MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. Ob. cit., p. 203

cumplen una finalidad distinta a las cautelares, en tanto no apuntan a garantizar la eficacia de la sentencia, sino a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción puede derivarse un perjuicio irreparable. Así pues, Peyrano señala que, estas manifestaciones, nacidas del ingenio brasileño (en cuyo Código Procesal Civil – artículo 273–están reguladas en los procesos de conocimiento y no en los cautelares), no tienen naturaleza precautoria, ni engendran un proceso accesorio o instrumental de otro principal, sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene la resolución anticipatoria, la cual en vez de asegurar la futura realización del derecho, realiza el mismo, antes que el proceso finalice.⁽²⁰⁾ Sobre el particular, se considera que, si en el caso de las medidas cautelares se necesita una mera verosimilitud, para las medidas autosatisfactivas una fuerte probabilidad, para la tutela anticipada se requiere certeza suficiente, así como una urgencia impostergable (plus sobre “el peligro en la demora”), y un conjunto de circunstancias que justifiquen una respuesta jurisdiccional fundamentada en la equidad, debiendo sus efectos ser fácilmente reversibles.⁽²¹⁾

Sin embargo, existe una parte de la doctrina que niega la existencia de una tutela anticipatoria diferente a la tutela cautelar, señalando que dichos casos pertenecen a las medidas cautelares, pero que se trata de cautelares coincidentes,⁽²²⁾ las cuales aseguran la eficacia de la sentencia final, pero su contenido tiene una íntima relación con el contenido de la relación principal. Para quienes postulan esta teoría, el hecho que dichas medidas cautelares sean discutidas por un amplio sector de la doctrina⁽²³⁾ que se resiste a admitir que los efectos de lo solicitado se pueden concretar sin que exista cognición plena y cosa juzgada (postulando la existencia de una anticipación de tutela), se debe a la percepción equivocada de que esta anticipa los efectos de la sentencia. Esta última resultaría errada, por cuanto toda medida cautelar en contingente⁽²⁴⁾ y la identidad que pudiera existir entre los efectos de las medidas cautelares coincidentes y la sentencia del proceso principal no es carácter jurídico.⁽²⁵⁾

Es la última posición la adoptada por el Código Procesal Civil (“CPC”),⁽²⁶⁾ y por la LPT. Si bien, la discusión sobre su naturaleza puede continuar aún mucho

(20) PEYRANO, “Aspectos (...)”. Ob. cit., p. 13.

(21) SEDITA, Ob. cit., p. 706; PEYRANO, Ob. cit., pp. 13-14

(22) En contraposición a las cautelares no coincidentes, caracterizadas por asegurar la eficacia de la sentencia final, sin referirse a la pretensión principal.

(23) Que toma como punto de partida la regulación brasileña sobre el particular (Artículo 273 del Código Procesal Civil)

(24) Es decir, si el proceso concluye de manera desfavorable para el peticionante de la medida cautelar, esta lo que produce es una perjuicio a quién lo soportó, debiendo por su lado, quien la obtuvo, retornar la situación jurídica o fáctica al estado anterior de la ejecución de la medida e incluso reparar los daños que su pedido produjo si fuera el caso.

(25) Por cuanto, lo que en realidad hace la medida cautelar coincidente es únicamente establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido.

(26) “Art. 674.- Medida temporal sobre el fondo: Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la

tiempo, lo cierto es que en nuestro ordenamiento, se ha regulado como una medida cautelar más, siéndole aplicable las reglas establecidas para estas (tanto en el proceso civil como en el laboral), teniendo en cuenta que procederá solo en virtud de la necesidad impostergable del que la pide (plus del peligro en la demora) y la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada (más que una mera verosimilitud o fuerte probabilidad), debiendo obviamente tener efectos reversibles (en virtud a la misma naturaleza de las medidas cautelares).

II. LOS AVANCES DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Considerando las críticas realizadas a la LPT, los avances más importantes de la NLPT en materia cautelar, están relacionados a la regulación expresa de la medida cautelar fuera de proceso, la ampliación de los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en un proceso laboral y las medidas cautelares específicas recogidas.

1. La medida cautelar fuera de proceso

El artículo 54 de la NLPT señala que “(...) todo juez puede dictar medida cautelar, **antes de iniciado un proceso o dentro de este (...)**”. Ello resulta una novedad relevante y destacable. El primer párrafo del artículo 96 de la LPT señala que “Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar **dentro de un proceso (...)**”. A partir de esto último, se ha afirmado que, en el proceso laboral, el demandante carece de la posibilidad de solicitar tutela cautelar antes que se inicie el proceso, situación que si es admitida expresamente en el proceso civil sujetando su vigencia al posterior inicio de un proceso principal, figura a la que se denomina “medida cautelar fuera de proceso” (artículo 636 del CPC).

La limitación a la que nos lleva el texto de LPT contrasta con la finalidad de la medida cautelar consagrada expresamente en el mismo artículo (“(...) asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (...)

”), y con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Al respecto, debemos tener presente que, en algunos países, se ha regulado como oportunidad para presentar la solicitud cautelar en el proceso laboral cualquiera que sea posterior a la presentación de la demanda⁽²⁷⁾.

Sin embargo, consideramos que no existe razón alguna para que, en esta materia, se establezca una regulación distinta a la del proceso civil. Por el contrario, lo señalado por el artículo 96 de la LPT implica un obstáculo para el ejercicio idóneo

ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales a esta”.

(27) En nuestro país la LPT habla de medidas cautelares “dentro de un proceso” (artículo 96), mientras la LPL española liga la solicitud del embargo preventivo a la presentación de la demanda y a cualquier momento posterior pero anterior a la sentencia (artículo 79).

de la tutela jurisdiccional efectiva de los accionantes en el proceso laboral, toda vez que gozarían de una tutela cautelar limitada. Además, implica un atentado contra el derecho de igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993) del accionante que recurre a la vía laboral con respecto al que recurre a la vía civil, en la medida que no tiene la misma protección de su derecho a tutela jurisdiccional efectiva, a pesar de estar consagrado en la Constitución a favor de cualquier persona (sin distinciones).

Por su parte, como se ha citado, el texto de la NLPT regula expresamente la utilización de la medida cautelar fuera de proceso, siendo posible la aplicación de las normas sobre la materia contenidas en el CPC, lo que resulta bastante positivo.

2. La ampliación de los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en el proceso laboral

De otro lado, el artículo 54 de la NLPT, señala que, cumplidos los requisitos correspondiente, *“el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar (...)”*. Con ello se permite la aplicación de cualquiera de las medidas cautelares reguladas en el CPC (norma supletoria), incluso la denominada medida cautelar genérica.

Para no dejar dudas sobre el particular, el último párrafo del artículo 54 señala que *“son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, o incluso una genérica no prevista en las normas procesales”*.

Esta resulta ser definitivamente la novedad más importante con relación al texto de la LPT, cuyo tenor ha llevado a limitar la tutela cautelar en el proceso laboral a tres tipos de medidas cautelares. En efecto, el artículo 96 de la LPT establece que *“son procedentes en el proceso laboral las medidas cautelares que contempla esta ley”*. Por su parte, los artículos 100 y 101 de la misma norma regulan dos modalidades de medidas para futura ejecución forzosa (el embargo en forma de inscripción y el embargo en forma de administración) y una modalidad de medida temporal sobre el fondo (una asignación, precedente solo en el caso que se impugne un despido o se solicite el pago de beneficios sociales), respectivamente. Es así como, basado en lo dispuesto en el artículo 96, en varias oportunidades el Poder Judicial ha declarado que, en el proceso laboral, únicamente pueden ser solicitadas las medidas cautelares reguladas por los artículos 100 y 101 de la LPT⁽²⁸⁾.

(28) Por ejemplo, el Décimo Segundo Juzgado Laboral de Lima declaró IMPROCEDENTE una medida cautelar de embargo en forma de retención, considerando que la *“medida cautelar no estaba contemplada en la Ley 26636, conforme se aprecia de la del artículo 96 y 100 de la misma norma legal”* (Resolución de fecha 16 de marzo del 2001) Expediente N° 4662-98, Cuaderno Cautelar). En ese sentido también se expresa la Resolución de fecha 27 de diciembre de 1999 (Expediente N° 4781-97).

Sobre el particular, se ha manifestado que una lectura del artículo 96 de la LPT que lleve a concluir que no procede la aplicación supletoria del CPC para ampliar los tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitados en el proceso laboral, vulneraría el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, así como del principio de igualdad ante la ley (artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993) del accionante que recurre a la vía laboral con respecto a quién recurre a la vía civil, en la medida que no tendrá la misma protección a su tutela jurisdiccional efectiva⁽²⁹⁾.

Si bien es cierto, una interpretación de ese tipo significa un grave atentado contra la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que las medidas cautelares citadas son insuficientes para garantizar la eficacia de la sentencia que pondrá fin al proceso⁽³⁰⁾, la limitación normativa citada ha subsistido hasta el día de hoy.

Considerando ello, alguna jurisprudencia ha calificado de inconstitucional el citado precepto señalando que “una interpretación literal de la norma impediría al Juez laboral dictar una medida cautelar distinta al embargo en forma de inscripción o administración prevista por la norma Adjetiva, lo cual resulta un obstáculo al ejercicio de derecho, a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado”⁽³¹⁾, llegando a ser materia de pronunciamientos de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en los que se ha aceptado la aplicación supletoria de las medidas cautelares previstas en el CPC al proceso laboral⁽³²⁾.

Sin embargo, el debate sobre el particular se ha mantenido en Salas Laborales y Juzgados Laborales, por lo que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, se pronunció sobre este tema acordando que “en el proceso laboral son procedentes todas las medidas cautelares previstas en el Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente”. De esta manera, se ha buscado acabar con la visión limitativa de la tutela cautelar en el proceso laboral.

(29) Considerando ello, en oportunidades anteriores, se ha defendido la aplicación supletoria del CPC a partir de la utilización de los principios constitucionales de “fuerza normativa de la Constitución” y de “interpretación conforme a la Constitución”, los cuales permitirían una interpretación flexible del artículo 96 de la LPT, considerando su contenido como meramente enunciativo y no como prohibitivo (VIDAL SALAZAR, Michael. “Las medidas cautelares en el proceso laboral”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 84. Febrero, Lima, 2008, pp. 520-533).

(30) En efecto, existen realidades que hacen necesaria la aplicación de medidas cautelares reguladas por el CPC, y no por la LPT. Es el caso por ejemplo del embargo en forma de retención (artículo 658 del CPC), de gran utilidad para un trabajador si demanda una pretensión dineraria. Algo similar sucede en el caso del embargo en forma de intervención en información, por la cual el demandante podría controlar el movimiento económico de la empresa demandada. La citada insuficiencia lleva además a la necesidad de dejar abierta la posibilidad de solicitar medidas cautelares de innovar (artículo 682 del CPC) y de no innovar (artículo 687 CPC), o incluso la conocida medida cautelar “genérica” (artículo 629 del CPC), por la que el demandante puede solicitar una medida cautelar no regulada expresamente.

(31) Resolución de la Corte Superior de Lima, de fecha 30 de octubre de 1998 (Expediente N° 541-98). En ese mismo sentido, la Resolución de fecha 18 de mayo del 2001 (Expediente N° 654-2000).

(32) Resolución de fecha 08 de abril de 1999 (Expediente N° 1034-98-Lima) y Resolución de fecha 17 de abril de 2000 (Expediente N° 573-00-Lima).

Esa es la línea recogida por la NLPT, en el que se ha resuelto el tema reconociendo expresamente la aplicación supletoria del CPC en relación a los tipos de medidas cautelares que pueden solicitarse en el proceso laboral. Y es que, el tratamiento del proceso cautelar en el ámbito laboral no merecería un desarrollo especial importante frente a la regulación establecida en el proceso común (civil), por cuanto, en ambos las necesidades pueden ser muy parecidas.

Al respecto, el CPC regula una serie de medidas cautelares cuya consagración tiene como dirección común la efectividad de la sentencia próxima a emitirse, es decir, obedecen al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Se regulan en dicha norma las medidas cautelares para futura ejecución forzada (embargo, secuestro), medidas temporales sobre el fondo (sobre las que se discute si su naturaleza es cautelar o de sentencia anticipada), medidas innovativas, y de no innovar. Pero no solo eso, sino que además otorga al litigante la posibilidad de solicitar cualquier clase de medida que no encuentre en alguna de las anteriormente mencionadas, sujetándose a la denominada medida cautelar genérica, contenida en el artículo 629⁽³³⁾.

Esta amplia gama de posibilidades corresponde a la necesidad de proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los litigantes que, a nuestro entender, se hace más evidente en el proceso laboral, en el que existe una parte más débil y más necesitada de protección (tal como sucede en el derecho de familia o el derecho público).

La necesidad de regular medidas cautelares suficientes en cualquier proceso (incluido el laboral), ha quedado ratificada por el mismo Tribunal Constitucional Español, quién ha señalado: “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁽³⁴⁾. Así pues, el rol de la tutela jurisdiccional efectiva en la relación entre proceso laboral y medidas cautelares es fundamental.

Es así como, podemos afirmar que, si en el proceso común (privado por excelencia) se regulan una gran variedad de medidas cautelares a fin de proteger debidamente al demandante, ello es aún más necesario e indispensable en procesos como el laboral, donde el recurrente reclama un derecho fundamental, que en muchos casos prima sobre los derechos privados.

Con relación a este punto, concluiríamos llamando la atención sobre lo establecido por el artículo 54 de la NLPT al señalar que el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar “(...) cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal”. Entendemos que tal análisis está referido a la idoneidad o adecuación de la medida solicitada para efectos de su admisión

(33) “Artículo 629: Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

(34) Sentencia del Tribunal Constitucional Español 238/1992.

y no de una potestad del juez para encauzar el pedido en un tipo distinto al señalado por el demandante.

3. Medidas cautelares reguladas expresamente por la nueva ley procesal del trabajo

Como se ha señalado anteriormente, la LPT regula expresamente tres tipos de medidas cautelares: el embargo en forma de inscripción, el embargo en forma de administración y una modalidad de medida temporal sobre el fondo, bajo la figura de una asignación provisional, procedente solo en el caso que se impugne un despido o se solicite el pago de beneficios sociales.

A diferencia de la LPT, la NLPT ya no hace referencia a los citados embargos, lo que sería inútil considerando que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55, procede cualquier tipo de medida cautelar, y con ello, cualquier tipo de embargo.

Eso sí, la NLPT contempla una asignación provisional (artículo 56) admisible solo en aquellos procesos en que se exija la reposición del trabajador. Esta asignación provisional, distinta a la prevista actualmente en la LPT (regulada para los procesos de impugnación de despido y pago de beneficios sociales) consiste en una asignación mensual cuyo monto debe ser fijado por el Juez sin que pueda exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el demandante, con cargo a la compensación por tiempo de servicios. Si el resultado del proceso fuera favorable al demandante, y se ordenara su reposición, el empleador deberá restituir el depósito y sus intereses. Asimismo, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, debe deducirse del monto liquidado por tal concepto la asignación percibida.

De otro lado, se ha regulado expresamente una medida cautelar temporal sobre el fondo consistente en una reposición provisional del demandante. Dicha medida, entendemos, solo procederá en los casos en que el proceso tenga como objeto la reposición del demandante. Por ello, el último párrafo del artículo 55 establece que “si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia”.

La medida comentada, de acuerdo a la NLPT, procederá tanto antes como durante el proceso y, en principio, exige solo el cumplimiento de los requisitos previstos para toda solicitud cautelar (artículo 610 del CPC). Ello resulta sumamente importante, toda vez que, de acuerdo al CPC, las medidas cautelares temporales sobre el fondo, exigen una necesidad impostergable, y una firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada bastante particular (artículo 674). Ello no sería exigible en el caso de la medida regulada por el artículo 55 de la NLPT, la cual debería ser otorgada con la comprobación de los requisitos comunes: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela.

De otro lado, el artículo 55 regula un supuesto especial, por el cual se admite el pedido de reposición provisional cuando se cumple con lo siguiente: (i) el demandante ha sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con incapacidad; (ii) el demandante estuvo gestionando la conformación de una organización sindical; y, (iii) el fundamento de su demanda resulta verosímil.

Es cierto que el texto del artículo 55 resulta bastante confuso, y no deja en claro si se trata de requisitos copulativos. El Anteproyecto de la NLPT establecía como condiciones para acogerse al supuesto de procedencia especial, el ostentar la calidad de dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o impedido, a lo que debía sumarse la verosimilitud del derecho contenido en la demanda. Es decir, nos presentaba dos requisitos copulativos que, una vez reunidos, hacían innecesario exponer el peligro en la demora y otorgar contracautela (presupuestos de cualquier medida cautelar). Y es que no podía ser de otra forma pues, si se hubiese considerado que los requisitos mencionados no eran copulativos, hubiéramos llegado a la indebida conclusión de que bastaba acreditar la verosimilitud del derecho para obtener una medida cautelar.

Por su parte la NLPT ha incluido un requisito más para acogerse a este supuesto de procedencia especial, que no es otro que “estar gestionando la conformación de una organización sindical”. En este caso, considerar que se trata de tres requisitos copulativos significaría exigir que el dirigente sindical, el menor de edad, la madre gestante o el discapacitado estén participando además en la conformación de una organización sindical para acogerse al supuesto de procedencia especial. Ello carece de toda lógica, principalmente en los casos distintos a los del dirigente sindical.

A nuestro entender, lo que ha hecho el legislador es incorporar en la NLPT un supuesto más de situación especial en la que puede encontrarse el demandante, a partir del cual, acreditando además la verosimilitud del derecho alegado, puede obtener una medida cautelar de reposición, quedando exonerado de exponer el peligro en la demora correspondiente y otorgar contracautela alguna.

Así pues, a partir del artículo 55 de la NLPT, el trabajador que al momento de su despido sea dirigente sindical, madre gestante, menor de edad, discapacitado, o haya estado gestionando la conformación de un sindicato, podrá obtener una medida cautelar con solo acreditar que el fundamento de su demanda es verosímil.

Si a lo antes señalado agregamos lo dispuesto en el artículo 615 del CPC, según el cual obtenida una sentencia favorable en primera instancia ya no es necesario acreditar la verosimilitud del derecho, una vez obtenido un pronunciamiento de ese tipo, un demandante que se encuentra en alguno de los supuestos especiales de protección (dirigente sindical, madre gestante, menor de edad, discapacitado o participante en la conformación de una organización sindical), estará en aptitud de solicitar su reposición provisional sin que exista motivo para que le sea denegada.

La regulación de este supuesto especial de reposición provisional va en la línea de la protección especial que deben tener determinados grupos de trabajadores, sea por su actividad sindical o por su situación personal (madre gestante, menor de edad, discapacitado), resultando por ello bastante positivo.

III. OTROS ASPECTOS REGULADOS POR LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Además de los aspectos antes desarrollado, la NLPT trata otros temas que también merecen algunos comentarios.

1. La finalidad de la medida cautelar

Según el artículo 54 de la NLPT, el juez puede dictar medida cautelar “(...) destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal”. Si bien en principio el texto se asemeja mucho a lo dispuesto por el artículo 96 de la LPT cuando señala que la medida cautelar dictada está “destinada a asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva”, existe una sutil diferencia que puede generar alguna controversia.

En efecto, la NLPT hace referencia a la eficacia de la “pretensión principal”, lo que puede llevar a afirmar que no cabría que se dicten medidas cautelares destinadas a asegurar una pretensión subordinada o accesorio. Entendemos que al hacer referencia a “principal”, podría haber querido referirse a la pretensión de un proceso principal, por diferenciarlo del proceso cautelar. Sin embargo, el término usado puede causar confusión.

De entenderse como pretensión principal, como diferenciada de las subordinadas o accesorias, podría darse el caso que, en un proceso de nulidad de despido no cabría solicitar una medida cautelar para garantizar el pago de las remuneraciones devengadas. En ese caso, se vería frustrada la posibilidad del demandante de solicitar una medida cautelar dirigida a garantizar que, de ser repuesto (pretensión principal), el empleador cumpla con el abono de tales remuneraciones (pretensión accesorio). De igual manera, tampoco cabría la solicitud de una medida cautelar en un proceso de nulidad de despido en el que se ha formulado como pretensión subordinada el pago de una indemnización por despido arbitrario (en caso de no comprobarse la causal de nulidad pero sí la arbitrariedad del cese), destinada a garantizar el cumplimiento de este último pedido.

Consideramos que lo más recomendable era mantener el texto actual de la LPT (que reproduce el artículo 608 del CPC), el cual, además de recoger las características de no satisfactoria, provisoria, instrumental y temporal de las medidas cautelares, no lleva a la confusión planteada.

2. El carácter *inaudita pars*

En relación a la tramitación de la medida cautelar, el artículo 54 de la NLPT recoge un aspecto que no está tratado en la LPT: el carácter *inaudita pars* de la

medida cautelar. Al respecto señala que “las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte”, situación prevista también en el CPC (artículo 637), por lo que, en principio, no resultaba necesario indicarlo. Esto último pues, ante la no regulación de dicho tema simplemente hubiese correspondido la aplicación supletoria del CPC, tal como ha venido sucediendo durante la vigencia de la LPT.

IV. DEFICIENCIAS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO EN MATERIA CAUTELAR

1. No regulación de los requisitos para solicitar una medida cautelar

A diferencia de la actual LPT, la NLPT no desarrolla los requisitos para solicitar una medida cautelar, haciendo una mera referencia a los mismos en su artículo 54 como presupuesto para que se dicte cualquier tipo de medida cautelar.

Consideramos que hubiese sido preferible que se regularán expresamente los requisitos o, por lo menos, se hiciera mención a la aplicación de lo dispuesto en el CPC sobre la materia. Ello, debido a que el tratamiento de los presupuestos exigidos para conceder una medida cautelar en el proceso laboral (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela), contenidos en los requisitos exigidos para solicitarlas, ha generado controversias importantes no solo en doctrina sino también en derecho comparado.

Así pues, en relación al peligro en la demora, se ha sostenido que en el proceso laboral “el juego del principio de celeridad” reduce sensiblemente la posibilidad de un daño ulterior que justifique un peligro en la demora⁽³⁵⁾. Por nuestra parte, no encontramos el sustento a dicha afirmación. Afirmar que las probabilidades de un daño que justifique dicho presupuesto se reducen por tratarse de un proceso laboral, es casi como decir que la tutela cautelar es innecesaria, lo que resulta insostenible. Además, el principio de celeridad es un principio que no se encuentra consagrado únicamente en el proceso laboral, sino que es una piedra angular dentro de la teoría general del proceso. Es cierto que el proceso laboral tiene como objeto derechos de alto grado de importancia como los laborales, pero ello no significa que la figura se repita en otros tipos de procesos como los de familia o derecho público. Sin perjuicio de ello, si hubiese sido interesante la regulación de supuestos especiales en que el peligro en la demora se presuma (tal como sucede en el artículo 98 de la LPT). Ello, considerando pues que en las relaciones laborales existen casos que evidencian por sí mismos la necesidad de una protección cautelar.

Sobre la contracautela, una parte de la doctrina opina que este presupuesto no sería exigible en el proceso laboral toda vez que el riesgo de causar un daño al

(35) BLASCO PELLICER, Ángel. *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Civitas, Madrid, 1996. p. 69.

demandado si la apariencia del derecho no se confirma resulta menor que en el proceso civil. A ello agregan que, condicionar la cautela a la prestación de una fianza puede hacer inútil su ejercicio, contradiciéndose el carácter tuitivo del derecho laboral⁽³⁶⁾.

A nivel nacional, la doctrina ha criticado el hecho que la LPT exija la contracautela, señalando que lo más idóneo era dejar a criterio del juez evaluar si el crédito del trabajador se encuentra acreditado para conceder la medida cautelar, sugiriendo inclusive la exoneración de dicho requisito tal como lo hace el CPC con algunos organismos públicos (artículo 614)⁽³⁷⁾. La inadecuación de tal requisito al proceso laboral también ha sido expresada por doctrina internacional⁽³⁸⁾.

A nuestro entender, si bien el exigir contracautela a un trabajador puede parecer inadecuado en tanto en la mayoría de los casos no contará con recursos económicos para enfrentarla, lo que no se soluciona con la posibilidad de otorgar una caución juratoria (pues, de ser el caso, el trabajador se encontrará en la misma incapacidad económica de responder frente a ella), ello no es una situación exclusiva de los trabajadores, sino también de la madre que exige la pensión para su hijo, o del litigante de escasos recursos económicos que reclama por su única propiedad.

En tal sentido, lo importante en este caso es considerar la finalidad de la contracautela. Una inadecuada y permisiva regulación de la contracautela, en cualquier ámbito del derecho, puede llevar a convertir a las medidas cautelares, según Serra Domínguez, en “poderosas armas al servicio de los litigantes de mala fe”⁽³⁹⁾. Por ello, una opción media podría haber sido, otorgar al juez la facultad de decidir si exige o no contracautela al demandante (atendiendo a la situación que se presente en cada caso en particular).

Finalmente, consideramos necesario hacer referencia al caso especial de procedencia regulado por el artículo 99 de la LPT, el mismo que no ha sido recogido por la NLPT, en el cual se señala que la medida cautelar procede cuando la sentencia de primera instancia ha sido favorable al demandante, aunque la misma fuera impugnada. A diferencia de lo previsto por el artículo 615 del CPC, en este caso el legislador ha quedado en deuda por cuanto ha olvidado mencionar las consecuencias de que exista una sentencia favorable al demandante. En efecto, la disposición del CPC mencionada indica que en el supuesto descrito, no es necesario cumplir con acreditar la verosimilitud del derecho, ni ofrecer contracautela. En esta materia ha resultado aplicable supletoriamente la regulación citada del CPC.

(36) Ibid, p. 71.

(37) ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Derecho Procesal del Trabajo*. Lima, 1977. p.236-237.

(38) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILALLON, Jesús, y FERNANDEZ, María Fernanda. *Instituciones del derecho procesal laboral*. Trotta, Madrid, 1991, p. 598.

(39) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, y RAMOS MENDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 43.

Entendemos que, una vez vigente la NLPT, tal aplicación supletoria del CPC se extendería a todo lo referido a los requisitos para solicitar una medida cautelar⁽⁴⁰⁾.

2. La posibilidad de consagrar una tutela más avanzada

Como hemos señalado en líneas anteriores, la tutela cautelar convive hoy en doctrina, e incluso, en el derecho comparado, con figuras más avanzadas como la tutela anticipatoria y la tutela autosatisfactiva. Nuestro ordenamiento mantiene una posición conservadora en esta materia, limitándose a una regulación, fundamentalmente, de medidas cautelares.

Consideramos que, atendiendo al especial conflicto objeto de un proceso laboral, podría haber sido la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento instituciones más sofisticadas. Sin perjuicio de ello, no cabe duda que el avance en materia cautelar es destacable, y compatibiliza el articulado de la NLPT con la obligación de observar la tutela jurisdiccional recogida como fundamento del proceso laboral en su Título Preliminar.

COMENTARIO FINALES

A nuestro entender, la NLPT presenta una regulación mucho más completa de la tutela cautelar, y con ello, un reconocimiento legislativo apropiado de la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien existen algunos aspectos en que podrían haber existido otras opciones de regulación, ello no perjudica el interesante esfuerzo realizado por buscar una armonía entre los principios y fundamentos del proceso laboral, recogidos en la NLPT, y el articulado general de la misma.

(40) “Artículo 610.- Requisitos de la solicitud.-

El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de esta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal”.

LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Elizabeth Delgado de Marky⁽¹⁾

Luis Vinatea Recoba⁽²⁾

La Ley 29479 (nueva Ley Procesal del Trabajo - NLPT), regula un tipo de proceso que trata de simplificar la aplicación y cumplimiento de la norma laboral para los casos en que esta es incumplida y, en general, para solucionar conflictos de tipo jurídico⁽³⁾. Lo hace a través de la institucionalización del proceso concentrado y oral, en el que mediante una audiencia –la de juzgamiento–⁽⁴⁾, se conoce el proceso y se sentencia el mismo en un solo acto, abandonando el sistema escrito y desconcentrado que regulaba la Ley 26636, que se caracterizaba porque la audiencia de actuación de pruebas (que integraba las de conciliación, saneamiento, fijación de puntos controvertidos y actuación de pruebas) y la sentencia eran dos actos distintos y distantes entre sí⁽⁵⁾.

La puesta en vigor de una norma procesal como la contenida en la Ley 29479 tiene que ver con una revaloración de la relación instrumental que tiene el proceso

(1) Abogada. Consejera de Miranda & Amado Abogados. Ex Magistrada de las Salas Laborales de la Corte Superior de Lima.

(2) Abogado. Socio de Miranda & Amado Abogados. Profesor de Derecho del Trabajo y Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad de Piura y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

(3) Téngase en cuenta que la Ley 29479, como también lo hacía la Ley 26636, contempla la posibilidad de solucionar los conflictos jurídicos por la vía de la sentencia pero también a través de mecanismos como la conciliación, el arbitraje e incluso la transacción.

(4) Lo indicado debe ser visto de manera genérica porque, como se verá más adelante, el proceso ordinario laboral cuenta con dos audiencias, una de las cuales es de conciliación y la otra, de juzgamiento.

(5) Aún cuando entre uno y otro acto la Ley 26636 tenía previsto plazos muy cortos, en la práctica podían transcurrir muchos meses.

respecto de la Ley. Tal revaloración no es casual y centra su atención en el necesario apoyo que juega el proceso en aplicación del sistema sustantivo laboral, en el que su carácter imperativo demanda la creación de mecanismos procesales eficaces que permitan que el mismo se legitime y finalmente se aplique allí cuando es incumplido.

La audiencia de juzgamiento es la audiencia principal del proceso y sin negar el valor importantísimo de la audiencia de conciliación –que es la otra audiencia del proceso ordinario laboral–⁽⁶⁾ juega un rol clave en esta revaloración del carácter instrumental del proceso. Esta audiencia, al ubicar al juez frente a las posiciones de las partes y oír las sostener tales posiciones sobre la base de hechos y pruebas, permite su involucramiento con el necesario proceso de aplicación rápida de la Ley y la solución de controversias que basadas en aquella, demandan mucha interacción entre el juez y las partes para dilucidarse.

El presente artículo, pues, tratará sobre la audiencia de juzgamiento en la NLPT y cómo esta se configura para lograr que el proceso previsto por la NLPT permita la efectiva aplicación de las normas sustantivas laborales y la solución de controversias en el ámbito laboral.

I. LA LEY 29479: VISIÓN GENERAL

La NLPT, frente a las complejidades del proceso escrito, propone un tipo de proceso que ya viene siendo probado en distintos países con singular éxito⁽⁷⁾. Este se caracteriza por la concentración de las principales actuaciones procesales dentro de la audiencia de juzgamiento y utiliza a la oralidad como forma de expresión de lo sostenido por las partes en el proceso.

La idea de proceso concentrado y oral no es ajena a nuestro sistema judicial. El proceso penal ya sufrió una reforma importante que ha sometido a las reglas del proceso oral el juzgamiento de las causas penales y la oralidad ya era –al menos formalmente– una característica de los procesos laborales, como lo señalan los artículos 1 y 63 al 65 de la Ley 26636. Pero en este último caso, aun cuando las audiencias previstas en la mencionada norma admitían la oralidad, la práctica llevaba a que se privilegie lo escrito en detrimento de la oralidad⁽⁸⁾. Había, a diferencia de lo que ocurre con la NLPT, una prevalencia de lo escrito sobre lo oral.

(6) La NLPT prevé dos procesos de conocimiento, el ordinario y el abreviado. Este segundo es el que se utiliza para las demandas de menor cuantía y para procesos de tutela especial, como es el caso de las demandas con pretensión única de reposición y los casos de tutela de la libertad sindical.

(7) Ver LOPT, Ley Orgánica del Proceso Laboral venezolano; Ley de Procedimiento Laboral Española y Ley Procesal Laboral Chilena.

(8) Detalle de singular importancia era que, a diferencia del Código Procesal Civil, la Ley Procesal del Trabajo 26636 no mencionaba de manera expresa a la oralidad como uno de sus principios inspiradores, no obstante que la norma, en su conjunto, al menos en su formulación, era una norma basada en la oralidad.

La NLPT se estructura, tratándose del proceso ordinario, en dos audiencias⁽⁹⁾, una de conciliación y otra de juzgamiento, en las que el propósito de cada una de ellas está claramente definido y en las que la oralidad resulta esencial. En el caso de la primera, el juez “participa activamente a fin de que (las partes) solucionen sus diferencias parcial o totalmente” y por decisión de las mismas partes “la conciliación puede prolongarse lo necesario hasta que se de por agotada, pudiendo incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor a un mes”⁽¹⁰⁾. En el caso de la segunda, “la audiencia se realiza en acto único y concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia”⁽¹¹⁾.

La estructuración del proceso en dos audiencias, con fin definido cada una de ellas, permite a la NLPT ofrecer dos espacios de solución para la controversia, en los que la oralidad desempeña un papel fundamental. La segunda de ellas, la de juzgamiento, además, se registra a través de audio y video⁽¹²⁾, con lo que lo relevante pasa a ser el discurso de las partes, la interacción e intermediación con el juez y la concentración de los actos en uno solo, de modo que al final de la audiencia se pronuncia el fallo de la sentencia.

La primera característica del proceso regulado por la NLPT es la rapidez, concreción y simplicidad. Es decir, de un proceso escrito que incentiva la presentación de múltiples escritos, se pasa a uno en el que las pretensiones y pruebas se ofrecen o adjuntan a la demanda y contestación y en caso de no conciliarse la controversia, se lleva a cabo una audiencia –la de juzgamiento– en la que se plantean las posiciones de las partes, se actúan las pruebas, se alega y se sentencia el caso. En otras palabras, un proceso muy concentrado que acerca de manera significativa el cumplimiento de la ley a la ley misma.

Complementa lo anterior la propia estructura del proceso que es una en la que los actos de notificación, además de ser pocos y limitados a lo esencial, -al menos en la etapa de conocimiento- pueden realizarse de manera electrónica⁽¹³⁾. De algún modo, se trata de una estructura que busca que las partes vayan al proceso y no el proceso a ellas, como ocurre en el proceso escrito.

La funcionalidad oral del proceso y la manera en que se desarrollarán las audiencias es la siguiente característica de la NLPT. En efecto, el que la audiencia de juzgamiento sea oral determina que sea en dicha audiencia donde las partes fijarán sus posiciones en el proceso; actuarán sus medios probatorios, alegarán y obtendrán una sentencia. Es indudable que el hecho que todos esos actos ocurran en una

(9) Los procesos abreviados solo tienen una audiencia, en la que se concentran las etapas de conciliación y juzgamiento.

(10) Artículo 43 de la NLPT.

(11) Artículo 44 de la NLPT.

(12) Artículo 12 de la NLPT.

(13) Las partes, a este efecto, deben señalar en sus escritos iniciales su casilla de notificaciones electrónicas.

sola audiencia modificará la estructura actual de reconstrucción de los hechos en el proceso y, especialmente, la manera de apreciarlos. Es obvio que en el proceso escrito el modo de reconstrucción de los hechos se sujeta esencialmente al relato que hagan las partes en los escritos que van incorporando al proceso, lo que se puede complementar oralmente en las audiencias de actuación de pruebas. En el proceso oral, en cambio, la reconstrucción de los hechos si bien tiene como punto de partida lo escrito en la demanda y la contestación, privilegia el discurso oral y se apoya en la prueba y en el discurso que se actúe en la audiencia⁽¹⁴⁾. En otras palabras, el mecanismo es inverso.

Pero la diferencia más saltante se presenta por el hecho que el proceso oral previsto por la NLPT se estructura de modo que la actividad probatoria y la decisión (sentencia) ocurran en un solo acto y en el escrito en momentos diferentes y distantes entre sí. Esto determina que en el proceso que regula la NLPT la decisión esté inmediatamente vinculada a la actuación y evaluación de la prueba y, por lo tanto, se emita en un solo acto⁽¹⁵⁾. El Juez, así, puede comunicar a las partes su decisión en la misma audiencia⁽¹⁶⁾ y debe sustentarla en un plazo no mayor de cinco días o reservarse ese mismo plazo para comunicar su decisión y fundamentarla, si es que el caso tiene una complejidad que así lo amerita⁽¹⁷⁾.

Las reglas de oralidad señaladas anteriormente se extienden al proceso en segunda instancia, convirtiendo la apelación y su absolución en un debate que originado en un recurso escrito pasa a sustentarse oralmente y se decide (a través de la sentencia) en el mismo acto de la audiencia⁽¹⁸⁾.

La NLPT complementa las características anotadas con regulaciones específicas en materia cautelar que homogenizan el proceso laboral con el proceso civil y permiten la obtención de cualquier tipo de medida cautelar, dentro y fuera del proceso⁽¹⁹⁾. También con una regulación específica en materia de Casación, que amplía su objeto y se puede sustentar en “la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República”⁽²⁰⁾ y procesos especiales como el Abreviado Laboral, previsto para las controversias de menor cuantía sujetas a la competencia de los jueces de paz letrados⁽²¹⁾ y para los casos de tutela de la libertad sindical y la

(14) El artículo 12 de la NLPT señala la prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias

(15) El artículo 47 de la NLPT establece que el juez debe hacer conocer a las partes el “fallo de su sentencia”, señalando día y hora, dentro de los cinco días hábiles siguientes, para notificar la misma.

(16) El Juez pronuncia el fallo de su sentencia entregando posteriormente a las partes el fundamento escrito del mismo.

(17) Artículo 47 de la NLPT.

(18) Artículo 33 de la NLPT.

(19) Artículo 54 de la NLPT.

(20) Artículo 34 de la NLPT.

(21) Artículo 1 de la NLPT.

reposición cuando se trate de pretensión única⁽²²⁾; el proceso impugnativo de laudos arbitrales económicos los procesos de ejecución y no contenciosos.

En suma, la NLPT se plantea como una respuesta no solo a las necesidades de reforma del proceso que regula la Ley 26636 sino como una norma que propone una vía procesal que busca ser efectiva para el proceso de apoyo de aplicación de la Ley.

II. LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO.

a. Principios y fundamentos del proceso: su papel en la audiencia de juzgamiento.

El artículo I del Título Preliminar de la NLPT reconoce como principios del proceso, entre otros, a los de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. Dichos principios están presentes en otras normas procesales como la Ley 26636, que los menciona parcialmente (no incluye al de oralidad)⁽²³⁾, y el Código Procesal Civil, que en su artículo V menciona a todos, salvo al de veracidad, que es señalado como un principio asociado a la conducta procesal.

Parecería, entonces, que la mención de los referidos principios no es novedad para una norma como la NLPT. Sin embargo, la singularidad de la NLPT es que en ella los referidos principios son la expresión de la funcionalidad misma del proceso: la audiencia es oral y la llevan a cabo las partes con intervención del juez y ante él; en un solo acto, cuyo propósito es que en el mismo se sentencie, sin dilaciones, la controversia. De esta manera, los principios tienen una razón de ser: que el proceso tenga unas características tales, que permitan la eficaz aplicación de la Ley y, por esa vía, resolver un conflicto de intereses o resolver una incertidumbre⁽²⁴⁾.

La gracia de la NLPT, y de esto da cuenta este artículo, es que ella hace innecesarias mayores explicaciones acerca de los principios anotados. Si la audiencia de juzgamiento es una en la que las partes sustentan sus posiciones ante el juez, estamos frente a la oralidad; si actúan las pruebas que ofrecieron y alegan con la idea de que ese juez, que los está escuchando, resuelva la controversia en ese mismo acto, haciéndose una idea clara de los que es verdad y lo que no, estamos frente a la inmediación, concentración, economía procesal, celeridad y veracidad.

De manera que no es necesario abundar en esos principios. No al menos en este caso. Por el contrario, conviene, sí, explicar algunos otros principios que tienen particular relevancia en cualquier proceso y, en particular, en el proceso oral.

(22) Numeral 2 del artículo 2 de la NLPT.

(23) El artículo I del Título Preliminar de la Ley 26636 menciona que las audiencias y actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez bajo sanción de nulidad. De ello, sin duda, se puede deducir que la oralidad es un principio, al igual que la inmediación, sin embargo, tal oralidad no ha sido relevante a los fines del proceso, que ha seguido siendo uno principalmente escrito.

(24) El artículo III del Título Preliminar del CPC señala que la finalidad del proceso es "resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia".

Ese es el caso de los principios de igualdad de las partes; privilegio del fondo sobre la forma; continuidad del proceso; debido proceso; tutela judicial y razonabilidad.

Todos esos principios son planteados por la NLPT como “fundamentos”⁽²⁵⁾. Y, en verdad, aunque principios y fundamentos tengan casi el mismo significado, los segundos pretenden enfatizar, al menos en la NLPT, el objeto del proceso mientras que los primeros, también en la NLPT, parecen enfatizar las características de su funcionalidad.

Siguiendo lo dicho, los “fundamentos” del proceso regulado por la NLPT parten del reconocimiento de la igualdad de las partes como elemento “fundamental” del proceso⁽²⁶⁾. Y es que si las partes no se ubican en igualdad de posiciones en el proceso, el resultado del mismo las afectará de manera distinta y con consecuencias no deseadas para la más débil. La regla prevista en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT es similar a la prevista en el artículo VI del Código Procesal Civil: “en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes”. El fundamento es de la mayor importancia, porque muestra que el papel igualador de las partes en el proceso es una regla que permitirá la futura aplicación de la norma sustantiva, que es una norma cuyo propósito es, precisamente, el de equilibrar la relación existente entre empleador y trabajador.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el propósito de evitar la desigualdad en el proceso no solo se expresa mediante la actuación del Juez sino que la NLPT lleva este fundamento al de la fijación de ciertas reglas que cumplen ese propósito. Ese es el caso, por ejemplo, del establecimiento de presunciones legales relativas como la presunción de laboralidad⁽²⁷⁾, que no solo busca aligerar la carga probatoria que viene impuesta por las reglas del *onus probandi* para el trabajador o el prestador de servicios sino permitirle, en última instancia, acceder al ámbito de aplicación de las normas laborales.

En la audiencia de juzgamiento este principio cumple un papel muy importante porque en ella el juez puede constatar, justamente, la necesidad de establecer medidas o aplicar reglas “equiparadoras”. Dichas reglas o medidas pueden evidenciarse en materia de actuación de medios probatorios –por ejemplo aplicando presunciones legales o judiciales–⁽²⁸⁾ o en aquellos casos en los que una de las partes no cuenta con una adecuada defensa. Este último caso, por ejemplo, puede verse

(25) Artículo III del Título Preliminar de la NLPT.

(26) De hecho, esta es una regla que vista desde la perspectiva del debido proceso y de la cláusula de estado social, termina constituyéndose, precisamente, en una de las reglas del debido proceso, sino la más importante.

(27) De acuerdo con el artículo 23 de la NLPT “(...) acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

(28) El numeral 1 del artículo 46 de la NLPT establece que durante la etapa de actuación probatoria “el juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por Ley (...)”.

con más claridad a partir de la regla contenida en el artículo 16 de la NLPT en la que el Juez cuenta con facultades para disponer la comparecencia de abogado allí donde cabe comparecer sin él⁽²⁹⁾. Esta facultad, por cierto, está prevista no para que el Juez sustituya al abogado del demandante sino para que ordene o disponga su presencia cuando note que el demandante requiere de defensa especializada por la complejidad del proceso. Evidentemente, esto tiene que ser advertido por el Juez antes de la audiencia de juzgamiento e inmediatamente después de la de conciliación, pues de lo contrario se afectaría el funcionamiento de la audiencia de juzgamiento.

El privilegio del fondo sobre la forma es, en nuestra opinión y en el marco del proceso oral, un principio o fundamento (como lo llama la NLPT) de necesaria presencia. Esto porque, precisamente, al tratarse de un proceso oral, aferrarse a las formalidades –típicas en un proceso escrito– le resta dinamismo y fluidez a un proceso en el que lo esencial del mismo discurre en audiencias que, por ser orales, son informales. Por otra parte, el que la NLPT establezca la posibilidad de comparecer al proceso, en ciertos casos, sin abogado, pone sobre el tapete la importancia de este principio o fundamento. Volvemos, no obstante, sobre lo señalado en el párrafo anterior: el juez si bien debe evitar que el formalismo afecte la sustancia, debe hacerlo de modo tal que no asuma una posición de defensa del demandante, sino para evitar que la desigualdad en el proceso lo perjudique.

La continuidad del proceso o principio *pro actione* si bien de aplicación intensiva durante la calificación de la demanda, se relaciona también con lo anterior y propone que en caso de duda acerca de la extinción o no del proceso, durante la audiencia de juzgamiento, debe optarse por su continuidad, en la medida que el fin de aquel es la aplicación de una norma jurídica para la solución de la controversia. El principio en cuestión adquiere vigor en el marco del proceso oral precisamente porque en la audiencia de juzgamiento, que es presencial y con intervención directa y activa del Juez, las dudas acerca de la continuidad o no del proceso pueden aparecer al momento de resolverse las excepciones, lo que determinará que el Juez opte, en algunos casos, resolverlas con la sentencia⁽³⁰⁾.

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional como principios o fundamentos del proceso adquieren, en el marco del proceso oral, una connotación distinta a la que tienen en el proceso escrito. En este tipo de procesos, en los

(29) El artículo 16 de la NLPT contempla la posibilidad de comparecer al proceso sin abogado en causas que no superen las 10 URPs. En los casos en los que las pretensiones tengan una cuantía superior a las 10 URPs o menor a las 70 URPs, el juez tiene la facultad de exigir o no la presencia del abogado, atendiendo a las circunstancias del caso.

(30) Dependiendo del tipo de excepción, el juez debe decidir si estas se resuelven antes de actuar los medios probatorios de las pretensiones o antes. Si bien el principio *pro actione* no determina que todas las excepciones deban resolverse con la sentencia, pues varias de ellas (por ejemplo, las de prescripción, caducidad, convenio arbitral, representación defectuosa, entre otras) pueden ser resueltas antes, en los casos de duda, el juez debe optar por la continuidad del proceso, que en este caso es continuar con la audiencia hasta su etapa de juzgamiento.

que el protagonismo lo tienen las audiencias, más allá de que ambos actúen con intensidad a lo largo de todo el proceso, son justamente estos principios los que le indican al juez los motivos y límites de su actuación. En cuanto a los motivos, un proceso concreto, que sea capaz de garantizar un efectivo mecanismo de aplicación de la Ley, es esencial al sistema jurídico y una expresión de los deberes que le tocan al Estado en el marco de la tutela jurisdiccional⁽³¹⁾, luego el juez debe actuar de modo consistente con el deber asumido por el Estado. En cuanto a lo segundo, esa misma Tutela Jurisdiccional y el debido proceso, le imponen al Juez la necesidad de establecer todos los mecanismos para que durante la audiencia se respeten las reglas del debido proceso, particularmente las más importantes: derecho de contradicción; derecho de defensa; derecho a la debida motivación y derecho a la igualdad, particularmente porque en el proceso oral, la audiencia de juzgamiento no está sujeta a formalidades y es el juez quien establece cómo discurre ella.

La razonabilidad, el rol protagónico del Juez y el impulso del proceso son fundamentos naturales del proceso oral desde el momento en que, justamente, dicho proceso tiene como protagonista al Juez. El proceso oral gira en torno de la figura del Juez. Le reconoce y asigna a este un papel clave en su dirección, con lo cual la razonabilidad de su actuación y el ejercicio de facultades sancionatorias se convierten en un aspecto fundamental. Su impacto en la audiencia es evidente porque es el propio juez quien tiene que dirigir la audiencia y tomar a cada momento de la misma, una serie de decisiones que ordenan el proceso de modo que se pueda dictar una sentencia y resolver cuestiones que le permitirán acercarse a la verdad. De alguna manera, la posibilidad de que el juez pueda hacerse o no una idea real de los hechos sobre los que tiene que aplicar una norma jurídica depende no solo de las pruebas y alegaciones que aporten las partes, sino de su capacidad para extraer de ellas esos mismos hechos.

Justamente, el reconocimiento expreso de facultades para sancionar conductas contrarias a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, tiene que ver con el rol que le corresponde al juez en el proceso. Cada incumplimiento a dichos deberes, es, de alguna manera, además del papel que le cabe a las partes, una afectación al papel que le corresponde al propio Juez.

Finalmente, la gratuidad del proceso, si bien poco asociada a las audiencias y a su funcionamiento, actúa como marco de aquellas, porque es en esa audiencia y dependiendo de lo que ocurra en ella, que el Juez se puede hacer una idea de cómo resolver el pedido de condena de costos y costas. Para los casos en los que se litigue sin fundamentos válidos y actuando con violación de los deberes procesales, el Juez, no como sanción, sino como una forma de adquirir convicción,

(31) Nótese a este respecto que el artículo 139 de la Constitución del Estado al reconocer el principio y el derecho de tutela judicial implícitamente reconoce su propio deber de proveerla y ello implica, en principio, que diseñe mecanismos adecuados para proveerla.

deberá ordenar el pago de costas y costas a la parte que perdió el proceso y violó los deberes antes mencionados.

b. Actuaciones procesales.

Reglas de conducta en las audiencias y prevalencia de la oralidad

El respeto hacia el órgano jurisdiccional y hacia toda persona presente en la audiencia y la colaboración en la labor de impartición de justicia, son los preceptos principales contenidos en el artículo 11 de la NLPT. La formulación de reglas que giran alrededor del respeto como clave de la regulación de las reglas de conducta se relaciona con el carácter oral de las mismas. Y es que si el debate entre las partes se realiza oralmente y ese debate prevalece sobre las exposiciones escritas, es evidente que la protección del debate resulta fundamental. Corresponderá al Juez, por lo tanto, controlar el desarrollo de la audiencia, pero más que ello dirigirla para que cumpla su fin. Es en ese propósito que tanto el respeto como la colaboración se dirigen a un solo objetivo, conocer los hechos, aplicar la norma jurídica correspondiente a los mismos de acuerdo con las pretensiones jurídicas e impartir justicia.

La NLPT, al fijar las reglas de conducta, precisa el marco subjetivo al que se deben sujetar las partes y el propio juez al actuar en la audiencia. Tanto las partes como el Juez participan en ella a fin de que las posiciones de las partes y sus medios probatorios permitan reproducir –reconstruir– los hechos sobre los que se aplicará la norma jurídica. Tal actividad demanda un alto grado de concentración en el que no caben conductas o actitudes que distraigan el objeto de la audiencia. Por ello, como se verá más adelante, se prevé la aplicación de sanciones expresas para todas aquellas conductas que obstaculicen esa labor⁽³²⁾. Tampoco se admiten las conductas dirigidas a desconfigurar los hechos o, lo que es peor, evitar u obstaculizar la actuación de pruebas.

La prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias se plantea en la NLPT con una fuerza tal que no solo está por encima de las exposiciones escritas⁽³³⁾ sino que es la base sobre la cual el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia la sentencia.

Lo anterior significa que está en manos del Juez la ordenación de la audiencia de forma que le permita luego sustentar sobre la base de ella su sentencia. Tal ordenación se sujeta a un marco general normativo y de principios como el indicado en el literal a) anterior de este artículo y en las reglas que el propio Juez establezca para tal fin, cuidando que la audiencia sea “sustancialmente un debate oral de

(32) Artículo 12 de la NLPT.

(33) Téngase en cuenta que la prevalencia en cuestión se refiere a exposiciones escritas. No encuadran en este concepto los medios probatorios (si una parte afirma un hecho distinto a una prueba, prevalece esta última), ni, en nuestra opinión, las pretensiones mismas de la demanda. Es decir, la exposición oral (confrontación de posiciones, deriva de la demanda y sus pretensiones y no al revés).

posiciones presididas por el juez”, quien “puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros en cualquier momento”⁽³⁴⁾.

Aún cuando no se trata de un mecanismo de control sino solo de uno de registro, relevante para la revisión del fallo o para elaborar el sustento del mismo, la grabación de la audiencia en audio y video cumple un papel facilitador del debate oral y también un papel escrutador, en la medida que la grabación deja constancia de lo ocurrido en la audiencia. De este modo, el registro magnético de los eventos ocurridos en la audiencia permitirá apreciar qué sostuvieron las partes; qué probaron o no; qué alegaron y de qué manera; cómo se comportaron en la audiencia; cómo actuó el juez y cómo así todos esos hechos han hecho posible un pronunciamiento judicial.

Según se ve, la grabación de la audiencia puede convertirse no solo en un eficaz mecanismo de registro, que lo es, sino que puede actuar como un mecanismo de control del curso que ha seguido el proceso, lo que significa mayor transparencia y predictibilidad.

Teniendo en cuenta que la oralidad es el eje de todo el proceso regulado por la NLPT es evidente que la fijación de reglas de conducta como las anotadas y sanciones como las que veremos seguidamente, resultan fundamentales para el desarrollo del mismo.

Multas

Una regulación procesal como la indicada en los puntos anteriores le da un nuevo espacio y vigencia a deberes como los de buena fe, probidad y lealtad procesal, muy venidos a menos en el proceso escrito, pero ahora reconstituídos en el nuevo proceso laboral. Precisamente, las actuaciones procesales en la NLPT se fundamentan en esos deberes, lo que significa que participar en la audiencia con fines especulativos; sin fundamentos para las posiciones; sin medios probatorios sólidos y tratando de obstaculizar las pruebas y dichos de la parte contraria, solo puede ser interpretado como violación de tales deberes y, por lo tanto, sancionables con multa.

La NLPT ha previsto en el artículo 15 un régimen de multas que se imponen cuando se incurre en actos de temeridad o mala fe procesal y cuando se incumplen las reglas de conducta en las audiencias. El tratamiento para ambas se diferencia por la magnitud o trascendencia del incumplimiento, pero en todos los casos, lo que evidencia el mencionado artículo es el necesario ejercicio de facultades de dirección y deberes de sanción por parte del juez, como una forma de dirigir el proceso y lograr que cumpla sus fines.

En cuanto a los deberes de sanción, para los casos de temeridad o mala fe procesal la NLPT establece el *deber* del juez de sancionar a las partes, sus representantes

(34) Numeral 1 del artículo 12 de la NLPT.

o sus abogados con una multa no menor de media ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal⁽³⁵⁾. Tal mala fe o temeridad procesal, de acuerdo con el Código Procesal Civil⁽³⁶⁾ puede consistir en a) la manifiesta carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; b) alegación de hechos falsos; c) sustracción, mutilación o inutilización de alguna parte del expediente; d) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; e) cuando se obstruya la actuación de medios probatorios y f) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.

La multa por temeridad o mala fe procesal puede ser exonerada si el proceso concluye por conciliación judicial antes de la segunda instancia, en resolución motivada.

Los casos anotados pueden presentarse en la misma audiencia, con lo cual es posible que durante ella concurren actos que afecten reglas de conducta no calificadas como temeridad o mala fe procesal (por ejemplo, levantar la voz e interrumpir el desarrollo de la audiencia) y actos que sí lo sean (interrumpir reiteradamente la audiencia u obstaculizar la actuación de una prueba). Por ese motivo la NLPT ha establecido que “la multa por temeridad o mala fe es independiente de aquella otra que se pueda imponer por infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias”.

Para los casos de infracción a las reglas de conducta durante la audiencia, se han establecido multas que no pueden ser menores a media ni mayores a cinco Unidades de Referencia Procesal. Nótese que en estos casos no hay, a diferencia de los casos de temeridad o mala fe, un deber de sanción, pero es indudable que el juez acudirá a ellas cuantas veces sea necesario para que la audiencia cumpla sus fines.

Debe agregarse a lo anterior, y esto aplica tanto para los casos de temeridad o mala fe procesal como para los casos de infracción de las reglas de conducta durante la audiencia, que la NLPT ha establecido como consecuencia de los incumplimientos a los deberes y reglas anotados, la posibilidad que el juez “pueda extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso”⁽³⁷⁾.

Igual a como lo ha establecido el Código Procesal Civil⁽³⁸⁾, la NLPT establece responsabilidad solidaria entre las partes, sus representantes y sus abogados, por las multas impuestas a cualquiera de ellos. La NLPT, no obstante, aclara que ella no se extiende al prestador de servicios. Ello no lo excluye, por cierto, de ser

(35) La Unidad de Referencia Procesal equivale al diez por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria, cuyo monto asciende a S/3,500.00.

(36) Artículo 112 del CPC.

(37) Artículo 29 de la NLPT.

(38) Artículos 110 y 111 del CPC.

el responsable del pago de las multas que le sean impuestas a él. Por lo tanto, salvo el caso indicado, todas las partes, sus representantes y sus abogados son responsables entre sí por las multas que les sean impuestas. Y nada impide, por cierto, que el juez ordene el pago de las mismas con deducción o adición, dependiendo el caso, de las sumas que ordene pagar en la sentencia⁽³⁹⁾.

c. Audiencia de juzgamiento

La audiencia de juzgamiento se regula en la NLPT a partir del artículo 44 hasta el 47 y dichos artículos abordan las distintas etapas de la audiencia: confrontación de posiciones; actuación probatoria, alegatos y sentencia. La audiencia de juzgamiento es la audiencia central del proceso y aquella en la que interactúan los principios funcionales del proceso, como son los de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal. Desde el punto de vista subjetivo, es el espacio protagónico para las partes, sus representantes, sus abogados y el juez. Desde el punto de vista objetivo, es el espacio para el conocimiento de los hechos, la aplicación de la norma y la emisión de la sentencia.

Se trata por lo tanto de una actuación procesal fundamental en la que deben confluir la participación activa de las partes en la defensa de su posición; la colaboración de las mismas en el esclarecimiento de los hechos y la dirección del juez para lograr dicho cometido, que luego le servirá precisamente para emitir sentencia.

Evidentemente, nada impide que el juez antes de iniciada la audiencia o durante la misma pueda promover una conciliación. De hecho, debe estar abierto a ella, independientemente de que el objeto de la audiencia sea emitir una sentencia, pues la posibilidad de promoverse la conciliación está abierta hasta que se emita la sentencia con calidad de cosa juzgada⁽⁴⁰⁾.

La audiencia, al ser el espacio en el cual las partes confrontarán sus posiciones y sus pruebas, requiere de la presencia de ambas, de forma que si ambas no están presentes, el Juez declarará la conclusión del proceso, salvo que dentro de los treinta días naturales siguientes, cualquiera de las partes hubiese solicitado fecha para una nueva audiencia⁽⁴¹⁾.

Lo relevante de la audiencia de juzgamiento es que su regulación es limitada y, por lo tanto, serán los jueces quienes deberán definir la secuencia y orden de algunas actuaciones que ocurren dentro de ella, como es el caso, por ejemplo, del orden de resolución de las excepciones (que puede ser previo o concurrente con la sentencia, dependiendo del tipo de excepción y de si el juez estima adecuado resolverla

(39) Téngase presente que el Juez puede ordenar el pago de costas y costos en la sentencia y que por lo tanto, puede ordenar la deducción o adición de las que corresponda, si es que el multado fuera el abogado.

(40) Artículo 30 de la NLPT. De hecho, consideramos que si luego de revisar demanda y contestación y haber obtenido una idea más completa del caso, el Juez debería iniciar el caso, haciendo una invocación por la conciliación o acogiendo la solicitud que a dicho respecto hagan las partes o cualquiera de ellas.

(41) Artículo 44 de la NLPT.

con la sentencia). El juez, por lo tanto, debe tener un conocimiento profundo de la causa a fin de trazar él mismo una estrategia de resolución eficaz y rápida de la misma, evitando las dilaciones o las actuaciones innecesarias.

Confrontación de posiciones

La etapa de confrontación de posiciones es aquella con la que se inicia la audiencia de juzgamiento. Ella supone “una breve exposición oral de las pretensiones demandadas y de los fundamentos de hecho que las sustentan”. Debe repararse en el hecho que la exposición oral es una que vincula pretensiones y hechos, prescindiéndose de los argumentos jurídicos, que se plantean, más bien, durante la etapa de alegatos.

Posteriormente, el demandado hace lo propio presentando las razones procesales o de fondo, que contradicen la demanda. Es decir, a su turno, el demandado sustentará las defensas procesales que hubiera planteado en su recurso de contestación a la demanda y los hechos que sustentan sus pretensiones.

La relación entre pretensiones –o contra pretensiones- y hechos que la sustentan debe ser hecha con la concreción y detalle suficientes que luego permitan al juez determinar qué hechos requieren de prueba y cuáles no. Para ello será necesario que quien proponga las pretensiones y los hechos que las sustentan explique estos últimos mediante un relato. Los detalles de ese relato son los que se probarán con los medios probatorios. De alguna manera, la etapa de confrontación de posiciones, es una etapa que deja espacio para la aplicación de la “Teoría del Caso”⁽⁴²⁾, pues sirve para mostrar la estrategia que se seguirá para probar los hechos que sustentan las pretensiones.

Evidentemente, los espacios para la aplicación de la mencionada teoría son aquellos en los que es necesario probar que ciertos hechos ocurrieron y que ellos tuvieron una consecuencia. Ejemplo de esto último es el despido basado en causal justificada, cuya prueba corresponde al empleador⁽⁴³⁾, o el despido nulo, cuya prueba corresponde al trabajador⁽⁴⁴⁾. El caso del incumplimiento de normas imperativas que establecen derechos como, por ejemplo, el pago de la compensación por tiempo de servicios, deja poco o casi ningún espacio para la mencionada teoría⁽⁴⁵⁾.

En definitiva, la etapa de confrontación de posiciones es una etapa de apertura en la que las partes proponen el caso que pretenden probar y sustentan los medios de defensa que han opuesto a la demanda. En esa línea, sirve para delimitar lo

(42) La teoría del caso es usada en el proceso penal oral y representa el punto de vista que tiene una parte respecto de ciertos hechos. Sobre los mismos se construye un planteamiento estratégico de defensa.

(43) Artículo 23.4 de la NLPT.

(44) Artículo 23.3 de la NLPT.

(45) Aún cuando no están exentos de prueba del cumplimiento de la obligación legal o contractual, su extinción o inexigibilidad.

que será el objeto de prueba, de donde se desprende que la exposición de las partes debe tener un objeto definido y dirigir toda la actividad probatoria hacia ese objetivo.

Actuación de pruebas

La etapa de actuación probatoria se inicia con el enunciado que hace el juez de los hechos que serán objeto de prueba⁽⁴⁶⁾. Ello implica el descarte de los que no lo son por estar admitidos, presumidos por Ley, recogidos en resolución judicial con carácter de cosa juzgada o por ser notorios. También se descartan los medios probatorios vinculados a hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.

Posteriormente el juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria⁽⁴⁷⁾. Debe repararse en el hecho que la enunciaci3n de pruebas es amplia y, por lo tanto, se refiere tanto a las cuestiones de forma como a las de fondo, debiendo las primeras resolverse seg3n decida el juez, en forma previa a la emisi3n de la sentencia o con la sentencia misma. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que hay excepciones como la de falta de legitimidad para obrar, cuya resoluci3n puede reservarse para la sentencia misma, debido a que el medio de defensa est3 asociado a aquello que se discute como materia controvertida (pi3nsete en una excepci3n de falta de legitimidad para obrar planteada por una empresa usuaria en el caso de una demanda planteada por el trabajador de una contratista). En sentido contrario, hay excepciones que deben resolverse en forma previa, como es el caso de una excepci3n de prescripci3n o una de caducidad o una de convenio arbitral. Por ello, el juez deber3 establecer un orden para la actuaci3n de las pruebas correspondientes a las excepciones de previo pronunciamiento. Si hay estas excepciones propuestas, deber3 resolverlas previamente, pudiendo conceder a las partes la posibilidad de alegar a prop3sito de ellas.

Con posterioridad a la admisi3n de pruebas, lo que se aplica tambi3n a las pruebas correspondientes a las excepciones, las partes pueden proponer cuestiones probatorias 3nicamente respecto de las pruebas admitidas y siempre que las pruebas que las sustentan, puedan actuarse en la misma audiencia⁽⁴⁸⁾. El prop3sito de una regla como esta es evitar que la propuesta de cuestiones probatorias quiebrea la audiencia o difiera su resoluci3n. Ello implicar3 que en la estrategia de defensa de las partes se prevea la integraci3n e incorporaci3n de medios probatorios de las cuestiones probatorias en la misma audiencia. N3tese a este respecto, que el numeral 5 del art3culo 46 de la NLPT se3ala que la actuaci3n de medios probatorios, incluidos los correspondientes a las cuestiones probatorias, se sujetan a un orden, que da preferencia a la declaraci3n de parte, testigos, peritos, reconocimiento y exhibici3n de documentos, lo que determina que las partes, como adelantamos,

(46) Numeral 1 del art3culo 46 de la NLPT.

(47) Numeral 2 del art3culo 46 de la NLPT.

(48) Numeral 3 del art3culo 46 de la NLPT.

deban prever la posibilidad de utilizar todos esos medios probatorios como sustento de las cuestiones probatorias.

La actuación de los medios probatorios admitidos se realiza, previo juramento⁽⁴⁹⁾, en el orden señalado en el párrafo anterior y si culminada la actuación de los mismos el Juez concluye que es necesario actuar una inspección judicial u ordena la actuación de pruebas de oficio⁽⁵⁰⁾, o en general, cualquier medio probatorio que juzgue necesario para la resolución de la causa, corresponderá suspender la audiencia, actuarse los medios y una vez ocurrido ello, la audiencia se reabre dentro de los cinco días hábiles siguientes para la presentación de los alegatos y emisión de la sentencia.

La actuación probatoria debe concluir en el día programado, pero si ello no fuera posible, la audiencia deberá continuar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes⁽⁵¹⁾.

Alegatos y sentencia

La etapa de alegatos y expedición de la sentencia es la etapa de cierre del conocimiento del proceso y la etapa de resolución del caso⁽⁵²⁾. Los alegatos permiten vincular pretensiones y hechos probados con las normas jurídicas que le sirven de sustento y permiten a quienes lo formulan solicitar la aplicación de la norma jurídica correspondiente a los hechos probados.

La etapa de alegatos implica que los abogados deban someterse a determinadas reglas que el Juez debe imponer, con el objeto de limitar el discurso vacío o extenso que no se ciña al proceso, que constituya una falta de respeto para los litigantes o abogados o que impida la celebración de la siguiente audiencia programada en el día dentro del término.

Culminados los alegatos, en forma inmediata o en el lapso de los siguientes sesenta minutos, el juez, comunica a las partes el fallo de su sentencia y señala día y hora, dentro de los cinco días hábiles siguientes, para la notificación de la misma. Excepcionalmente, debido a la complejidad del caso, el juez puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco días posteriores, informándose a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia.

Si bien la audiencia puede culminar con la comunicación del fallo de la sentencia, debe tenerse en cuenta que la comunicación de dicho fallo incluirá las decisiones acerca de las articulaciones y medios de defensa propuestos por las partes⁽⁵³⁾, salvo que ellas hayan sido resueltas durante la audiencia (por ejemplo, excepciones

(49) Numeral 4 del artículo 49 de la NLPT.

(50) Numeral 5 del artículo 49 de la NLPT.

(51) Numeral 6 del artículo 49 de la NLPT.

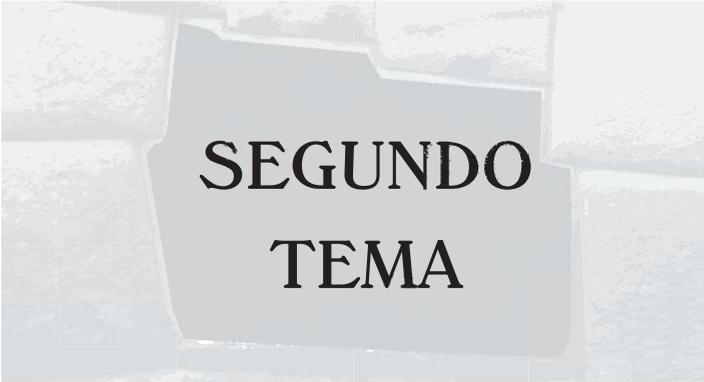
(52) Artículo 47 de la NLPT.

(53) Artículo 31 de la NLPT.

de previo pronunciamiento). En definitiva y como es obvio, la comunicación del fallo de la sentencia o la sentencia misma, en su caso, son el punto de cierre de la audiencia de juzgamiento y el modo en el cual la NLPT concentra la resolución de las controversias que no siendo solucionadas por la vía de la conciliación, requieren de un expreso pronunciamiento mediante la sentencia.

III. CONCLUSIONES

La NLPT ha previsto como eje central del proceso a la audiencia de juzgamiento, audiencia que consta de cuatro etapas estructuradas para que de manera ordenada y rápida se resuelvan las controversias laborales de tipo jurídico. Las cuatro etapas sugieren el proceso mismo de aplicación de las normas jurídicas: reconstrucción de hechos y ubicación de los mismos en el supuesto de hecho de una norma y aplicación de la norma misma. Lo singular de estas etapas es que están regidas por la oralidad y la concentración, lo que le da a la audiencia misma, un dinamismo y funcionalidad, que difiere de las audiencias que preveía la Ley 26636. En definitiva, la audiencia de juzgamiento prevista por la NLPT refleja en sí misma la apuesta de la mencionada norma por constituirse en una eficaz herramienta para la aplicación de la Ley.



**SEGUNDO
TEMA**

Seguridad y Salud en el Trabajo

**PONENCIAS
OFICIALES**

EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA AGENDA SOCIOLABORAL DEL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Estela Ospina Salinas

INTRODUCCIÓN

Asumiendo que en la actualidad los procesos de integración o los de comercio bilateral o multilateral forman parte de un entramado en donde los aspectos jurídicos tienen una especial importancia, a veces poco visible, poder desarrollar efectivamente una experiencia de integración comunitaria como la andina supone dotarse no solo de una institucionalidad organizativa sino de un andamiaje jurídico. Este marco jurídico comunitario andino o acervo jurídico comunitario debe resultar adecuado para un proceso complejo como es establecer normas supranacionales y que tengan como sujetos no solo a los Países Miembros sino a las personas, tanto jurídicas como naturales.

Se conoce que, incluso en los proyectos de integración, el motor suele ser económico-comercial; sin embargo, paulatinamente se desarrolla una agenda socio-laboral. Interesa preguntarse sobre los contenidos de esta agenda en el proceso de la Comunidad Andina y en el Sistema Andino de Integración (SAI).

Es importante identificar los contenidos de esta Agenda y cómo en ella se trata la temática de la Seguridad y Salud en el Trabajo que logró concretarse en la Decisión N° 584 –Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo–, y en la Resolución N° 957, que es el Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. En este sentido, el interés de este artículo es enfatizar la *prevención de los riesgos laborales* y no la compensación o la reparación de los

daños a la vida y a la salud causados por los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales.

Una primera parte está centrada en aproximarnos a la Comunidad Andina, a la agenda sociolaboral, al derecho comunitario andino y al Protocolo Modificatorio del Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral. Un aspecto fundamental de esta primera parte es la identificación de las características jurídicas de los instrumentos normativos andinos, como son la Decisión y la Resolución.

La segunda parte está centrada en analizar y comentar los principales contenidos de la Decisión N° 584 –Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo– y de la Resolución N° 957, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Se profundizan con mayor o menor desarrollo los aspectos medulares de la Decisión y su Reglamento. La propuesta es presentar estos apuntes en el IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a fin de contribuir a la difusión de este Instrumento preventivo de primer nivel, que es la Decisión N° 584.

Finalmente, se agradece a quienes permitieron que estas reflexiones sean publicadas. En especial, al Instituto Laboral Andino (ILA) y a su Director General Carlos Ortiz C. y al equipo de trabajo institucional; a Francesco Pini por sus aportes en la revisión de estilo; a Karim Rojas por su apoyo permanente; a Raúl Mucha García por sus notas.

I. COMUNIDAD ANDINA Y LA AGENDA SOCIOLABORAL

En la celebración por los 40 años del proceso de integración andino, el entonces Secretario General de la Comunidad Andina señaló que estas aspiraciones integracionistas encontraban sus raíces en el Congreso Anfictiónico de Panamá, convocado por Simón Bolívar en 1824.

Desde aquella época a la actualidad, el proceso de integración en la Subregión Andina transita por diversas etapas. Elizabeth Salmón presenta una evolución institucional de la Comunidad Andina que aporta una mirada histórico-jurídica relevante. Analiza el tránsito del Acuerdo de Cartagena, conocido como Grupo Andino, que inició sus actividades “el 21 de noviembre de 1969, con la instalación de la Comisión, órgano máximo del Acuerdo y constituido por los representantes plenipotenciarios de cada uno de los Estados miembros” (Salmón 2003:23), hacia un proceso de mayor autonomía en relación con el Tratado de Montevideo de 1960, con la eliminación del requisito de la compatibilidad. “Este deslinde es muy importante en la evolución del Grupo Andino porque le permite desarrollar, con mayor independencia, un proceso de integración propio (...). El Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena brinda a la organización los principales elementos de supranacionalidad, elementos como los principios de aplicación inmediata, de efecto directo y de la primacía de las normas derivadas” (Salmón 2003:37).

En todo proceso de estas características, el motor estuvo marcado por lo económico y lo comercial; sin embargo se fueron desarrollando también diversas iniciativas en relación a lo laboral. Diversos autores sostienen esta afirmación señalando que “los sistemas de integración regional, pese a su comienzo exclusivamente económico, con lentitud van desarrollando un subsistema de relaciones laborales con una dimensión internacional dentro del territorio integrado, que en definitiva se traduce en una internalización de las estructuras y su funcionamiento”, todo ello en mérito a que “(...) un sistema nacional de relaciones laborales –lo mismo que el Estado nacional– se va revelando cada vez más impotente para incidir en un terreno que está más allá de sus límites físicos (...)” (Óscar Ermida Uriarte, citado por Babace, Héctor 2004: 15).

En ese marco, cabe mencionar que al inicio del proceso de integración andino, en el Grupo Andino se contaba con el Comité de Altos Estudios Sociales (CAES), que estaba conformado por los representantes de los gremios empresariales y de las centrales y confederaciones sindicales de los Países miembros. Luis Aparicio Valdez, en la década de los setenta, retomó los objetivos del Acuerdo de Cartagena para insistir en la importancia de la armonización, como un criterio central para el proceso de fortalecimiento de la integración andina. Sostuvo que el Acuerdo de Cartagena señala como objetivo “la armonización de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes” (Aparicio 1972: 33). Este autor colocó especial énfasis en el componente social y laboral del proceso de integración andino, y sostuvo que “lo laboral encuentra plena cabida dentro de lo social, siendo este concepto mucho más amplio, mientras que lo social la hace en cuanto a personas. Estando entonces comprendido el aspecto laboral dentro de lo social, podemos asimismo ubicar dentro de las legislaciones nacionales que deberán ser aproximadas de manera de armonizar las políticas económicas y sociales a la legislación de trabajo y a la de seguridad social (...) Como el concepto genérico de las políticas económicas y sociales abarca también lo concerniente a los trabajadores, por esto podemos también deducir que, dentro de dichas armonizaciones, se encuentran también las de las condiciones de trabajo” (Aparicio 1972: 34). Este enfoque de colocar las condiciones de trabajo como parte del proceso de armonización de las políticas económicas y sociales en la esfera andina resultó visionario para la posterior concreción de la Decisión N° 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”.

Otro aspecto que anota Salmón es la importancia del Protocolo de Trujillo al fortalecer la institucionalidad comunitaria andina, con “el establecimiento del Sistema Andino de Integración (SAI)⁽¹⁾. Este sistema fue diseñado tanto para proporcionar una estructura orgánica a la naciente Comunidad Andina como para promover una coordinación efectiva de todos los órganos e instituciones que la componen” (Salmón 2003:39).

(1) Véase más información: <<http://www.comunidadandina.org/sai/que.html>>.

Cabe mencionar que, al 30 de agosto de 2010, el Sistema Andino de Integración está conformado por el Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, el Tribunal de Justicia, el Parlamento Andino, Convenios, Corporación Andina de Fomento, Fondo Latinoamericano de Reservas, Universidad Simón Bolívar. Como parte del actual Sistema Andino se encuentran tres Consejos, que emiten Opiniones y que son: el Consejo Consultivo Empresarial Andino, el Consejo Consultivo Laboral Andino y el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas, este último de reciente creación. Estos órganos consultivos del proceso de integración andino tienen como instrumento de expresión las Opiniones, que deben ser atendidas por el SAI, aunque su naturaleza jurídica no es vinculante.

Además, se cuenta con el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina (CAMT), que surgió como resultado del acuerdo de los Presidentes Andinos, realizado en junio de 2000. Sin embargo, el CAMT estuvo desarrollando actividades e iniciativas desde mayo de 1999. La Reunión de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina realizada en Cartagena de Indias, Colombia, el 20 y 21 de mayo de 1999 y que fuera precedida por la reunión de expertos y Viceministros de Trabajo de los Países Miembros, emitió la importante *Declaración de Cartagena de Indias*. Esta Declaración sostiene que el Sistema Andino de Integración señala la importancia de fortalecer los convenios sociales y la dimensión sociolaboral del proceso de integración, así como el Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral. Asimismo, se menciona de manera expresa la “importancia de la Agenda Sociolaboral Andina”. Y en la Directriz 37 se precisó que los ministros de Trabajo deberían “avanzar en la coordinación de políticas referentes al fomento de cinco ejes prioritarios: promoción del empleo, migración laboral, seguridad social, formación profesional y seguridad y salud en el trabajo”. Esta Declaración se constituye en un instrumento fundamental para la plena inclusión del componente sociolaboral en el proceso de integración andino.

Desde 1999 hasta agosto de 2010, el CAMT logró la aprobación de la Decisión N° 601 - “Plan Integrado de Desarrollo Social”⁽²⁾. También aprobó las Decisiones sobre Migración Laboral, sobre Seguridad Social y sobre Seguridad y Salud en el Trabajo. Acerca de esta última Decisión se continuará la reflexión. A solicitud del CAMT, del Consejo Consultivo Empresarial Andino y del Consejo Consultivo Laboral Andino, el Instituto Laboral Andino conjuntamente con la Secretaría General de la CAN promovió la implementación del Observatorio Laboral Andino⁽³⁾. Cabe destacar que en 1999 el CAMT estaba conformado por los ministros de Trabajo de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Posteriormente, se retiró la República Bolivariana de Venezuela y se incorporó en calidad de invitado el Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Chile, de conformidad con la Decisión N° 666⁽⁴⁾

(2) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D601.htm>>.

(3) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/camtandinos/OLA/>>.

(4) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D666.htm>>.

de junio de 2007, debido a la calidad de País Miembro Asociado. Este proceso así como la realización de cinco Cumbres Andinas sobre empleo dan cuenta del interés por modelar el avance de la integración económica y comercial con una paulatina armonización de las políticas sociales y, en particular, de las sociolaborales.

La importancia de esta instancia del CAMT radica en que su objetivo general es promover la dimensión sociolaboral del proceso de integración a través de una efectiva articulación de sus acciones con los Ministerios de Trabajo de la Subregión, así como con los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. El CAMT colocó como sus objetivos específicos: a) Promover la formulación y desarrollo de una normativa sociolaboral comunitaria según los objetivos de la agenda social de la Comunidad Andina; b) Impulsar el desarrollo de los proyectos sociolaborales del Plan Integrado de Desarrollo Social (PIDS) identificados como prioritarios para combatir la pobreza, la exclusión y la desigualdad social en la Subregión; c) Impulsar las acciones del Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral, en permanente coordinación con los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos; d) Apoyar el funcionamiento del Observatorio Laboral Andino⁽⁵⁾.

Estos elementos dan cuenta de los avances favorables del proceso de integración sobre las relaciones laborales en la Subregión Andina. La base de estos avances está colocada en la importancia que le asignan los Países Miembros a la articulación de acciones. En estos últimos cinco años del proceso de integración andino en relación a la agenda sociolaboral, lo central viene siendo la coordinación y el intercambio de experiencia y de saberes entre los ministerios competentes y ambos Consejos Consultivos, tanto el Empresarial como el Laboral. En este sentido, las afirmaciones de Babace sobre el efecto negativo de estos procesos no resultan acertadas en el caso de la Subregión Andina. Él afirma que “(...) el efecto inmediato de la integración sobre el mundo laboral será generalmente el aumento de la inestabilidad en el empleo y la pérdida directa de puestos de trabajo, así como también un deterioro en las condiciones de trabajo (...); y el efecto negativo puede hacerse presente también en el ámbito de las condiciones de higiene y seguridad en el empleo” (Babace 2004: 152).

1. El derecho comunitario andino⁽⁶⁾

Como sostiene Novak, “el proceso de integración andino, al igual que cualquier proceso de integración, se caracteriza por tener un ordenamiento jurídico

(5) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/camtandinos/>>.

(6) Los autores se refieren a esta rama del derecho como a “derecho de la integración” o “derecho comunitario”. Para Babace el derecho de la integración –o derecho comunitario, como también suele llamársele– es el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de integración entre dos o más países. Es el conjunto de las normas que regulan la pluralidad de relaciones jurídicas a que da lugar el fenómeno de la integración. La autora del presente ensayo opta por la denominación de “derecho comunitario andino”, por ser el marco jurídico específico del proceso de integración de la Comunidad Andina, coincidiendo en esto con Novak.

autónomo⁽⁷⁾, completo⁽⁸⁾ y dinámico⁽⁹⁾, obligatorio para todos los Estados miembros que los conforman, así como para los distintos organismos (Sáchica, citado por Novak, Fabián 2004: 57). En esa misma orientación, Babace sostiene que “un proceso de integración genera y necesita un sistema jurídico distinto, cuya paulatina conformación y estudio, en simbiótica interrelación, dan lugar a nuevas categorías jurídicas, o a la utilización de las categorías jurídicas de otras ramas del derecho, –no solo del derecho internacional–, adaptándolas a la nueva realidad que se requiere regular” (Babace 2004: 30).

Los diversos autores y autoras coinciden en señalar que, en relación a las fuentes del derecho comunitario andino, pueden distinguirse dos tipos de fuentes del derecho⁽¹⁰⁾: a) Las fuentes primarias, básicas o llamadas también convencionales, que son las normas fundacionales, el acuerdo básico entre los Estados miembro del proceso de integración, “que como tales están regulados por el derecho internacional para su concentración, validez, interpretación y aplicación” (Babace 2004: 37); y, b) las fuentes derivadas, no convencionales o secundarias, que son las normas que dictan los órganos creados para regular la evolución de dicho proceso.

Las primeras están directamente vinculadas al consentimiento expresado por los Estados miembros; las segundas son las normas dictadas por los órganos en ejercicio de la competencia atribuida. En el acervo comunitario andino se encuentran las “Decisiones” de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y las “Resoluciones”, a cargo de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

En el caso del derecho comunitario andino, como sostiene Novak las características surgen de los primeros artículos del tratado constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y son confirmadas por la jurisprudencia del Tribunal (Novak, Fabián 2004: 68). Estas son:

- a) Aplicabilidad inmediata o automática. “Este concepto significa que la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados parte” (Pérez Ortemin, citado por Babace, Héctor 2004: 43). Indica que una norma entra en “vigencia inmediata en el territorio de los Estados miembros una vez que esta es aprobada o publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina” (Novak, Fabián 2004: 78). Complementa Novak con el señalamiento de la “incondicionalidad

(7) De acuerdo con Novak, es autónomo en el sentido de que no depende ni deriva de ningún otro ordenamiento jurídico (...) posee sus propios órganos de creación normativa (Novak 2004: 57).

(8) Esta característica, según señala Novak, implica un conjunto de normas que regulan el proceso de integración, y también un conjunto de órganos y mecanismos que garantizan la legalidad de la actuación de los órganos comunitarios y de los propios Estados miembros al interior del proceso (Novak 2004: 57).

(9) Menciona Novak que se trata de un derecho cambiante y dinámico, no estático ni definitivo (...). Es un derecho progresivo y evolutivo que merece atención permanente por los progresos que alcanza en su desarrollo (Novak 2004: 58).

(10) Novak coincide con ambas, pero señala dos más: las fuentes complementarias y las fuentes auxiliares.

que apunta a que la aplicación de la norma no debe estar subordinada a medida posterior alguna de los órganos comunitarios” (Novak, Fabián 2004: 68). En ese sentido, retomando el artículo 3 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señala que las Decisiones y las Resoluciones, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, serán directamente aplicables en los Países Miembros⁽¹¹⁾. Siguiendo a Isaac es posible sostener que la aplicabilidad inmediata implica que: 1. El derecho comunitario está integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin necesitar ninguna fórmula especial de introducción; 2. Las normas comunitarias ocupan su lugar en el ordenamiento jurídico interno en calidad de derecho comunitario; y, 3. Los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el derecho comunitario (Isaac Guy, citado por Novak, Fabián 2004: 78).

- b) Aplicabilidad preferente. “Este carácter supone que el derecho comunitario se aplica con prioridad a toda norma nacional (...). Los Estados no pueden unilateralmente dictar normas sobre esos temas, y si las dictan igualmente, carecerán de validez. En cuanto a las normas de los Estados miembros ya existentes respecto de las materias que pasan a ser competencia de los órganos comunitarios, al momento en que entran en vigencia normas comunitarias pierden eficacia. A este efecto, reflejo de la preclusión, se lo llama desplazamiento de la norma estatal anterior por la norma comunitaria posterior” (Vásquez, citado por Babace, Héctor 2004: 44).

Lo mencionado establece criterios relevantes para el análisis de la Decisión N° 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” y de la Resolución N° 957 “Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, en la medida en que se trata de la normativa comunitaria vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, dicha normativa comunitaria andina se encuentra vigente en los Países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; forma parte de su derecho interno; y su aplicación data de setiembre del 2005, cuando se publicó la Resolución en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina. Asimismo, en los casos de superposición del ordenamiento comunitario andino al derecho interno de los Estados miembros, plantea la primacía de este derecho comunitario por encima del ordenamiento nacional, que deberá proceder a modificar su contenido para adecuarse a lo establecido en este marco jurídico supranacional. Es importante señalar que existen mecanismos comunitarios para el control del cumplimiento de las normas comunitarias andinas.

2. Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral

El inicial Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral fue suscrito en 1973 y modificado en 1976. Tello subraya que funcionó como un foro constituido únicamente por los ministros de Trabajo del Grupo Andino (Tello 2009: 41),

(11) A menos que se señale una fecha posterior (Uribe, citado por Novak, Fabián 2004: 69).

y contaba con tres órganos: la Conferencia de Ministros de Trabajo; la Comisión de Delegados y la Secretaría de Coordinación⁽¹²⁾. Posteriormente, la Directriz N° 38 de la “Declaración de Cartagena” de 1999 estableció “Instruir a los ministros de Relaciones Exteriores (a que preparen) un proyecto de Protocolo Modificadorio del Convenio Simón Rodríguez a fin de adecuarlo a la nueva institucionalidad andina y al actual contexto socio-económico de la Región⁽¹³⁾”.

El Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral fue suscrito el 23 de junio de 2001 por los ministros de Relaciones Exteriores de las Países Miembros de la Comunidad Andina. Define al Convenio como “el Foro de Debate, Participación y Coordinación para los temas sociolaborales de la Comunidad Andina”, y señala que “forma parte del Sistema Andino de Integración”. De acuerdo al contenido del artículo 2, los objetivos son: a. Proponer y debatir iniciativas en los temas vinculados al ámbito sociolaboral que signifiquen un aporte efectivo al desarrollo de la Agenda Social de la Subregión, contribuyendo con la actividad de los demás órganos del Sistema Andino de Integración; b. Definir y coordinar las políticas comunitarias referentes al fomento del empleo, la formación y capacitación laboral, la salud y seguridad en el trabajo, la seguridad social, las migraciones laborales; así como otros temas que puedan determinar los Países Miembros; y c) Proponer y diseñar acciones de cooperación y coordinación entre los Países Miembros en la temática sociolaboral andina⁽¹⁴⁾.

Sobre su organización se menciona que el Convenio Simón Rodríguez está conformado por: a. La Conferencia; b. Las Comisiones Especializadas de Trabajo; y c. La Secretaría Técnica. Un aspecto de especial significado es la conformación de este Convenio, porque, a diferencia del precedente, establece que la Conferencia es la instancia máxima del Convenio y se expresa mediante Recomendaciones adoptadas por consenso. Además, establece que dicha Conferencia está integrada por los ministros de Trabajo de los Países Miembros de la Comunidad Andina o sus representantes; por los Coordinadores de los Capítulos Nacionales del Consejo Consultivo Empresarial Andino; y, por los Coordinadores de los Capítulos Nacionales del Consejo Consultivo Laboral Andino. Es decir, se pasa de un diseño institucional centrado en los Ministerios de Trabajo hacia uno que se ubica en el marco actual del Diálogo social tripartito.

En esa línea se orientan las funciones de la Conferencia, que son:

- a) Adoptar Recomendaciones conducentes al logro de los objetivos señalados en este Convenio;

(12) Según anota Tello, fue ineficaz y solo se reunió en dos oportunidades (abril y octubre de 1973). Luego se desactivó, al desfinanciarse por falta de pago de las aportaciones de los Países Miembros.

(13) Véase: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Presidencial/CP_11.doc&usg=AFQjCNFg8kc5UsOLiMhq2rto88EaQukk-A>.

(14) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/simonrodriguez.htm>>.

- b) Evaluar la marcha del Convenio;
- c) Estudiar y proponer modificaciones al Convenio;
- d) Aprobar o modificar su propio Reglamento y el de las Comisiones Especializadas de Trabajo;
- e) Aprobar el Programa Anual de Actividades del Convenio;
- f) Revisar y proponer anualmente el presupuesto para el funcionamiento del Convenio y remitirlo ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el cual procederá a su consideración y aprobación.
- g) Constituir las Comisiones Especializadas de Trabajo y evaluar sus informes;
- h) Identificar los temas sociolaborales de la Agenda Social Subregional que pueden ser objeto de cooperación internacional; y
- i) Conocer todos los demás asuntos referidos a los ámbitos de su competencia.

Se subraya que en el cumplimiento de las funciones mencionadas, la Conferencia actuará por consenso. Esto significa buscar, como un compromiso básico para el avance de la Agenda Sociolaboral Andina, el acuerdo de todas las partes, representantes del Estado, de los empleadores y de los sindicatos. A la luz de las declaraciones, acuerdos y compromisos adquiridos tanto formal como informalmente, en el ámbito sociolaboral de la Comunidad Andina es posible afirmar que existe un proceso de diálogo social inicial entre los representantes de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral y el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo. Como sostiene Martín Valverde, “el diálogo social abarca la diversidad de relaciones entre sindicatos, empresarios y poderes públicos, bajo la forma de encuentros y contactos que no tienen necesariamente que llegar a actos jurídicos concretos, pudiendo consistir sencillamente en un cambio de impresiones” (Martín Valverde, citado por Babace, Héctor 2004: 119). Este proceso inicial se vería fortalecido si Colombia, único país que aún no ratifica el Protocolo Modificatorio, cumpliera con hacerlo.

Finalmente, recordamos las afirmaciones de Villavicencio Ríos: “Se ha destacado la gran importancia del diálogo social en la profundidad de los procesos de integración. En primer lugar, porque las partes sociales juegan un papel fundamental en la consolidación del proceso de integración, pues el camino comunitario requiere la adhesión con convicción de las fuerzas sociales y sindicales. En segundo término, porque además el diálogo social es vital para el desarrollo de la dimensión social que solo se asegura si las iniciativas comunitarias se someten constantemente a la discusión entre las partes sociales” (Villavicencio Ríos, citado por Babace, Héctor 2004: 119).

II. DECISIÓN N° 584: INSTRUMENTO ANDINO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Entre los considerandos de la Decisión N° 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (IASST) se recuerda el artículo 1 del Acuerdo de

Cartagena que establece como uno de sus *objetivos fundamentales* procurar el *mejoramiento en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión*⁽¹⁵⁾. Esta referencia vincula el proceso de integración andino, reconociendo en su primera parte la importancia del mercado común latinoamericano, con el compromiso de elevar la calidad de vida de quienes habitan en la Subregión.

La mención de los artículos 3 y 51 del Acuerdo de Cartagena conlleva una especial referencia a las medidas de *la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales de los Países Miembros en las materias pertinentes*. Luis Aparicio señalaba que “(...) la armonización de las políticas sociales –aun cuando esta es una interpretación que puede ser discutida– es la búsqueda, de una parte, de una cierta equivalencia de resultados en beneficio de los asalariados de los diferentes países, y de otra parte, vistas las cosas desde el punto de vista de las empresas, y no de los asalariados, la igualación de las cargas por las empresas” (Aparicio 1972: 34). Se procura encontrar un piso mínimo o un mínimo común denominador para todos los Países Miembros y de allí avanzar en la construcción de estándares similares para evitar el *dumping* social o la competencia desleal, derivados de disparidades y asimetrías en los marcos regulatorios sobre las condiciones de trabajo establecidos en cada uno de los Países Miembros, en perjuicio de los trabajadores y las trabajadoras. En esa medida se relacionan la armonización gradual y la aproximación de las legislaciones nacionales. Es más, el resultado de la Decisión tuvo como base central un análisis detallado de los marcos regulatorios sobre la legislación en seguridad y salud en el trabajo, en cada uno de los Países Miembros.

A continuación se presentan los considerandos sobre el hecho que “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión está íntimamente relacionado con la obtención de un trabajo decente (...) y uno de los elementos esenciales para alcanzar el objetivo de un trabajo decente es garantizar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo”. Cabe mencionar la referencia expresa a la categoría de *trabajo decente* elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En la Memoria del Director General de la OIT a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, se utiliza en forma expresa esta categoría. “Allí aparece una primera definición: trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”⁽¹⁶⁾.

En 1972, Luis Aparicio anotó que en la construcción de los marcos regulatorios de los países y en los procesos de integración existen factores que tienen especial influencia. “Hay otros factores ocultos, invisibles, que también juegan y representan un papel importante (...) [como, por ejemplo]: –los Convenios de la Organización

(15) Véase: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/tratprot/acuerdo.htm>>.

(16) Véase:<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/rct/35rct/doc_ref/doc1/i.htm#10->>.

Internacional del Trabajo, por la influencia que ejercen sobre las legislaciones de todos los países antes o después de su ratificación–; el Acuerdo de Cartagena y el propio proceso de integración que al motivar el intercambio de información facilita y favorecerá más aún en el futuro, cuando el proceso se acelere, la aproximación de las legislaciones y de las condiciones de trabajo; –las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que al impartir directivas determinarán que los países incorporen a sus legislaciones ciertas normas o principios de orden laboral” (Aparicio 1972: 36). En el caso del IASST se evidencia la importancia que tiene una categoría que se va configurando como un nuevo paradigma en el mundo contemporáneo. Asimismo, el IASST puso el énfasis en uno de los componentes que va adquiriendo especial relevancia en este proceso de dotar a la categoría de *trabajo decente* de “una estructura teórica”⁽¹⁷⁾ como es la seguridad y salud en el trabajo, subrayando su cualidad de elemento esencial.

Otro considerando insiste en que *corresponde a los Países Miembros adoptar medidas necesarias para mejorar las condiciones de seguridad y salud en cada centro de trabajo de la Subregión y así elevar el nivel de protección de la integridad física y mental de los trabajadores*. Pone el énfasis en mejorar y elevar los niveles de protección en los centros de trabajo. Esta referencia señala que el IASST establecerá obligaciones no solo para los Estados Miembros del proceso de integración andino, sino también para los particulares, personas jurídicas y naturales. Constituyéndose, en materia de seguridad y salud en el trabajo, en un centro de imputación normativo de carácter tripartito.

En el antepenúltimo considerando se menciona que *el Convenio Simón Rodríguez de integración sociolaboral, donde se establece la participación tripartita y paritaria del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y de los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos, contempla como uno de sus ejes temáticos principales la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Este aspecto, que ya se mencionó, constituiría la base para institucionalizar a nivel de la Subregión Andina el diálogo social tripartito y paritario. Sin embargo, para ello se requiere que el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral sea ratificado por el País Miembro de Colombia. Mientras ello no ocurra, esta nueva institucionalidad para el desarrollo de la agenda sociolaboral en el proceso de integración andino se mantiene trunca.

La importancia que adquieren las Opiniones de los Consejos Consultivos, órganos del Sistema Andino de Integración, se evidencia en el penúltimo considerando del IASST. Este señala que *el Consejo Consultivo Laboral Andino, a través de la Opinión 007 de junio de 2000, emitida ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Secretaría General de la Comunidad Andina, ha*

(17) INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS LABORALES. *Informe del Director*, Ginebra 2000, párrafo 9. Véase: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/rct/35rct/doc_ref/doc1/i.htm#10->>.

manifestado su pleno respaldo al tratamiento de esta temática de manera tripartita, con el propósito de establecer criterios generales para orientar una adecuada política preventiva, además de adoptar medidas concretas para establecer procedimientos en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en la Subregión. En este instrumento normativo se valoran y reconocen las expresiones de uno de los órganos del SAI, conformado por las centrales y confederaciones del más alto rango en la Subregión Andina⁽¹⁸⁾, “de conformidad con las Decisiones 441, 464 y 494 aprobadas por la Comisión de la Comunidad Andina, en cumplimiento de la Directriz del Consejo Presidencial Andino que dispone la búsqueda de una mayor participación de este sector en la construcción del proceso de integración tendiente a conformar un mercado común”⁽¹⁹⁾.

Finalmente, los considerandos del IASST subrayan la conveniencia de *aprobar un instrumento en el que se establezcan las normas fundamentales en materia de seguridad y salud en el trabajo, que sirva de base para la gradual y progresiva armonización de las leyes y los reglamentos que regulen las situaciones particulares de las actividades laborales que se desarrollan en cada uno de los Países Miembros. Este Instrumento deberá servir al mismo tiempo para impulsar en los Países Miembros la adopción de Directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo así como el establecimiento de un sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo.* Es importante destacar que el IASST de la Comunidad Andina se construyó sobre la base de enfoques innovadores para la época de su formulación, en el año 2002. Se tiene aquí el concepto de *sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo* que recoge las Directrices técnicas de la OIT sobre Sistemas de Gestión de la Seguridad y la Salud en el Trabajo aprobadas en el 2001, conocidas como ILO/OSH 2001⁽²⁰⁾. Otro enfoque novedoso fue el de sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo que resulta central en la construcción del Convenio N° 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006⁽²¹⁾.

Es posible afirmar que el IASST se constituyó en una formulación jurídica comunitaria que recogió los enfoques más innovadores tanto en materia de seguridad y salud en el trabajo como en materia de trabajo decente; también la propia experiencia comunitaria en materia de diálogo social y los aportes de la Opinión del CCLA; y, finalmente, retomó la experiencia de la aplicación del derecho

(18) Al 30 de agosto de 2010, el Consejo Consultivo Laboral Andino está conformado por 12 centrales y confederaciones de los Países Miembros y centrales y confederaciones de la República Bolivariana de Venezuela en calidad de invitados. De Bolivia: COB; de Colombia: CUT, CTC y CGT; de Ecuador: CEDOCUT, CEOSL, CTE y UGT; de Perú: CGTP, CTP, CUT y CATP. Además, participan en calidad de miembros invitados las centrales y confederaciones de la República Bolivariana de Venezuela: UNT, CTV, CODESA, CGT y CUTV.

(19) Véase: <http://www.comunidadandina.org/sai/estructura_19.html y www.ccla.org.pe>.

(20) Véase: <<http://sobes.org.br/site/wp-content/uploads/2009/08/MEOSH-2001-2.pdf>>.

(21) Véase: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>>.

comunitario andino en una temática sociolaboral específica, como lo es la seguridad y salud en el trabajo.

1. Antecedentes: Decisión N° 547-Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo

Respecto del eje temático de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo decidió elaborar un proyecto de “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, a fin de contribuir a su plena vigencia en el contexto del Mercado Común Andino. La formulación de este trabajo fue precedida por un estudio de la legislación nacional de cada uno de los países y por un texto consolidado de esas legislaciones, realizados con el apoyo técnico de la OIT. Partiendo de este análisis se elaboró un Proyecto base a cargo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En relación con esta iniciativa se desarrolló el I Taller Subregional en Quito, en febrero de 2002. Producto de este Taller, se aprobaron los Lineamientos Generales y se definió el texto final articulado del proyecto de Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Cabe destacar, sostiene Guido Mendoza (2002: 4), que este proyecto elaborado por el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo tuvo como objetivo central contribuir con una normativa comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo (Mendoza 2002: 4).

Una importante Misión Subregional de consulta con los Países Miembros de la Comunidad Andina para la revisión de las “Bases de Propuesta” de la Secretaría General, referidas a los Instrumentos de Migración Laboral, de Seguridad Social y de Seguridad y Salud en el Trabajo, se realizó del 10 al 24 de octubre de 2002. Dicha Misión Subregional contó con el apoyo y coordinación de los Ministerios de Relaciones Exteriores de cada uno de los Países Miembros, los cuales se encargaron de organizar, en cada capital andina, reuniones específicas con funcionarios de las distintas entidades nacionales vinculadas con la temática de estos tres Instrumentos.

Posteriormente, el Proyecto de Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo recibió diversos aportes, entre ellos el del Consejo Consultivo Laboral Andino (CCLA) que en abril de 2003 presentó la Opinión N° 21⁽²²⁾ sobre el mencionado Proyecto. Los diversos aportes fueron evaluados por la Secretaría General de la CAN y presentados para la decisión de los ministros de Trabajo en junio de 2003. Tarea que culminó el mismo mes con el acuerdo suscrito por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN como “Decisión 547: Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

A continuación presentaremos los contenidos fundamentales de este primer cuerpo normativo comunitario sobre Seguridad y Salud en el Trabajo. Estaba distribuido en seis capítulos, más las Disposiciones Finales y las Disposiciones Transitorias.

(22) Véase: <<http://www.ccla.org.pe/legislacion/opiniones/opinion21.php>>.

El Capítulo I trataba de un conjunto de disposiciones generales que comprendían diversas definiciones; entre ellas, las siguientes: país miembro; trabajador; salud; medidas de prevención; riesgo laboral; actividades, procesos, operaciones o labores de alto riesgo; lugar de trabajo; condiciones y medio ambiente de trabajo; equipos de protección personal; sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo; sistemas nacional de seguridad y salud en el trabajo; servicios de salud en el trabajo; enfermedad profesional; accidente de trabajo; comité de seguridad y salud en el trabajo; incidente laboral; peligro; salud ocupacional; condiciones de salud; mapa de riesgos y empleador; entre otras.

Este capítulo se complementa con dos artículos. Uno de ellos establece el objeto “Instrumento”, es decir, el conjunto de normas que deben regular las acciones a desarrollarse en los centros de trabajo para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, a través de medidas de control y del desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo; para lo cual es importante implementar sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo de composición tripartita. El otro artículo estipula el alcance del mismo “Instrumento”, y hace referencia a que se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todos los trabajadores. La exclusión parcial o total de ciertas ramas de actividad económica deberá ser limitada, y además deberá señalar los motivos de la exclusión, describir las medidas para asegurar la suficiente protección a los trabajadores excluidos e informar al Comité Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El Capítulo II estaba dedicado a la política de prevención de riesgos laborales que deben establecer los países en el nivel nacional. Este capítulo, a través de siete artículos, establece que los países, en el marco de sus sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, deben propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo. Para lo cual cada País miembro deberá elaborar, poner en práctica y revisar periódicamente una política nacional de mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. La mencionada Decisión estipulaba además que dicha política debe servir para: propiciar y apoyar una coordinación interinstitucional para la planificación adecuada y la racionalización de los recursos; definir las autoridades competentes; identificar los principales problemas y sus soluciones; sistematizar las normas y reglamentos nacionales; observar el cumplimiento de tales normas mediante inspecciones; y desarrollar otras acciones complementarias. Este capítulo incluye disposiciones que establecen la necesidad de disponer de servicios de salud en el trabajo, que podrán ser organizadas por empresas, por grupos de empresas, por el sector público, por las instituciones de seguridad social o por otro tipo de instituciones u organizaciones competentes.

El Capítulo III trataba sobre la gestión de la seguridad y salud en los centros de trabajo y las obligaciones de los empleadores. El punto de partida es que en todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos

laborales. Estas medidas deberán basarse, para el logro de este objetivo, en directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo y su entorno como responsabilidad social y empresarial. Para lo cual las empresas elaborarán planes integrales de prevención de riesgos que comprenderán diversas acciones, desde la formulación de la política empresarial, hasta la identificación y evaluación de los riesgos, la sustitución progresiva de lo más peligroso por aquello que es menos dañino o sin riesgo, la implementación del sistema de registro y notificación de los accidentes de trabajo y de los incidentes y enfermedades profesionales; la investigación de estos; la designación, según el número de trabajadores y la naturaleza de sus actividades, de trabajadores delegados de seguridad o un comité de seguridad y salud, y el establecimiento de un servicio de salud en el trabajo; entre otros aspectos. Los empleadores deberán propiciar la participación de los trabajadores y de sus representantes en los organismos paritarios existentes para la elaboración y ejecución del plan integral de prevención de riesgos de cada empresa. Asimismo, deberán conservar y poner a disposición de los trabajadores y de sus representantes, así como de las autoridades competentes, la documentación que sustente el referido plan.

El Capítulo IV se ocupaba de los derechos y obligaciones de los trabajadores. Es importante señalar que todos los trabajadores tienen derecho a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, que garantice su salud, seguridad y bienestar.

En el Capítulo V se abordó lo relativo a los trabajadores que son objeto de medidas de protección especial. En este capítulo se incluyen disposiciones relacionadas, en primer lugar, con la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo; y, en segundo lugar, con la necesidad de que los empleadores tengan en cuenta los factores de riesgo que pueden incidir en la procreación de los trabajadores y las trabajadoras, en particular por la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, a fin de adoptar las medidas preventivas necesarias.

El Capítulo VI se abocó al tema de las sanciones. Se estableció que los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para sancionar a quienes por acción u omisión infrinjan lo previsto por el Instrumento y demás normas sobre prevención de riesgos laborales. La legislación nacional de cada País Miembro determinará la naturaleza de las sanciones aplicables para cada infracción, tomando en consideración, entre otros, la gravedad de la falta cometida, el número de personas afectadas, la gravedad de las lesiones o de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias, y si se trata de un caso de reincidencia.

Posteriormente, en Guayaquil, Ecuador, en el mes de mayo de 2004 en la primera disposición final de la Decisión N° 584 IASST, se procedió a derogar la Decisión 547 y se aprobó la citada Decisión del IASST vigente en la actualidad.

2. **Ámbito de aplicación normativa**

La determinación del ámbito de aplicación del IASST es un aspecto relevante para la definición del sistema subregional andino de protección a la seguridad y salud en el trabajo. Es importante determinar los sujetos comprendidos y el ámbito territorial de esta normativa comunitaria.

Ámbito de validez personal o subjetivo

Por su naturaleza jurídica, la “Decisión” es una norma aplicable en relación con los sujetos comprendidos, que son tanto los Estados Miembros como las personas, sea jurídicas como naturales. En el caso de los empleadores, se considera como tal a toda persona física o jurídica que emplea a uno o varios trabajadores. Mientras que se considera como trabajador a:

- a. toda persona que desempeña una actividad laboral por cuenta ajena remunerada;
- b. toda persona que realiza una actividad laboral como independiente o por cuenta propia; y
- c. toda persona que desempeña una actividad en las instituciones públicas.

Ámbito de validez territorial

Este ámbito está determinado por cada uno de los Países Miembros que integran la Comunidad Andina. A finales de agosto de 2010 estos países son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Cuando se aprobó el IASST formaba parte de la CAN también la República Bolivariana de Venezuela; sin embargo, en la Segunda Disposición Transitoria se estableció que, en el caso de este país y de sus nacionales, la vigencia de esa Decisión sería a partir del 31 de diciembre de 2006. Pero, antes de que se cumpliera el plazo mencionado, la República Bolivariana de Venezuela se retiró de la Comunidad. En este sentido, el IASST se constituye en un ordenamiento jurídico comunitario andino y tiene vigencia en los territorios de los Países Miembros. Frente a la pregunta si puede ir más allá de ese territorio comunitario, no es posible responder afirmativamente, debido a que el marco comunitario se circunscribe a ese espacio territorial.

Frente a la posibilidad de que el IASST pudiera generar situaciones de conflicto, superposición, desplazamiento y colisión con el derecho interno de los Países Miembros, se han establecido dos mecanismos. Uno, en la segunda disposición final del IASST, donde se señala que, si lo previsto en las respectivas legislaciones nacionales no es incompatible con lo dispuesto por el Instrumento, esas disposiciones continuarán vigentes. Cuando la legislación nacional establezca obligaciones y derechos superiores a los contenidos en el IASST, aquellas obligaciones y aquellos derechos prevalecerán sobre las disposiciones de este último, bajo el principio de la condición más beneficiosa. El segundo mecanismo se estableció en la tercera disposición transitoria, por la cual los Países Miembros se comprometen a adoptar

todas las medidas que sean necesarias para dar aplicación a las disposiciones del IASST en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, en un plazo de doce (12) meses desde su entrada en vigencia. Si dicha vigencia se inició el 8 de mayo de 2004, el cumplimiento de esta disposición debió verificarse el 9 de mayo de 2005.

Otro aspecto que se estableció en el artículo 3 del IASST es que este Instrumento se aplicará a todas las ramas de actividad económica en los Países Miembros, y a todos los trabajadores. Sin embargo, se le da el derecho a cualquier País Miembro para que, de conformidad con su legislación nacional, pueda excluir parcial o totalmente de su aplicación a ciertas ramas de actividad económica o a categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se presenten problemas particulares de aplicación.

El País Miembro que hace uso de este derecho de exclusión está sometido a la obligación de enumerar las ramas de actividad o las categorías de trabajadores que hubieren sido excluidas y deberá explicar los motivos de dicha exclusión. Deberá describir las medidas que adopte para asegurar la suficiente protección a los trabajadores en las ramas excluidas, y deberá informar al Comité Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como al Convenio Simón Rodríguez, todo progreso realizado hacia una aplicación más amplia.

3. Definiciones

El IASST señala definiciones para avanzar en un proceso de armonización de los marcos legislativos de cada uno de los Países Miembros. En el diagnóstico previo de las legislaciones de los cinco países se evidenció que el significado y la comprensión de algunos conceptos diferían de país en país. En ese sentido, la construcción de este conjunto de definiciones básicas adquirió una especial relevancia, tanto en los esfuerzos de elaboración jurídico-técnica, como en los procesos de consenso entre los actores laborales del proceso de integración andino. Como parte de un proceso de construcción de una normativa comunitaria andina, en el IASST se advirtió la necesidad de que la normativa que habrá de regular el desarrollo de la materia específica se aproxime y se pueda coordinar o unificar. En el caso del IASST se optó por adoptar un mismo conjunto de definiciones consensuadas. En este sentido, se optó por limitar los comentarios sobre las definiciones y mantener el texto de las definiciones conforme se aprobó.

Salud: Es un derecho fundamental que significa no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también de los elementos y factores que afectan negativamente el estado físico o mental del trabajador y están directamente relacionados con los componentes del ambiente del trabajo.

Medidas de prevención: Las acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores;

medidas cuya implementación constituye una obligación y deber de parte de los empleadores.

Riesgo laboral: Probabilidad de que la exposición a un factor ambiental peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión.

Actividades, procesos, operaciones o labores de alto riesgo: Aquellos que impliquen una probabilidad elevada de ser la causa directa de un daño a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo que realiza. La relación de actividades calificadas como de alto riesgo será establecida por la legislación nacional de cada País Miembro.

Lugar de trabajo: Todo sitio o área donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo o a donde tienen que acudir por razón de este.

Condiciones y medio ambiente de trabajo: Aquellos elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Quedan específicamente incluidos en esta definición:

- i. las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el lugar de trabajo;
- ii. la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia;
- iii. los procedimientos para la utilización de los agentes citados en el apartado anterior, que influyan en la generación de riesgos para los trabajadores; y
- iv. la organización y ordenamiento de las labores, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales.

Equipos de protección personal: Los equipos específicos destinados a ser utilizados adecuadamente por el trabajador para que le protejan de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o salud en el trabajo.

Enfermedad profesional: Una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral.

Accidente de trabajo: Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa.

Procesos, actividades, operaciones, equipos o productos peligrosos: Aquellos elementos, factores o agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos o mecánicos que están presentes en el proceso de trabajo, según las definiciones y parámetros que establezca la legislación nacional, y que originen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores que los desarrollen o utilicen.

Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo: Es un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas por la legislación y la práctica nacionales, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos.

Incidente Laboral: Suceso acaecido en el curso del trabajo o en relación con el trabajo, en el que la persona afectada no sufre lesiones corporales, o en el que estas solo requieren cuidados de primeros auxilios.

Peligro: Amenaza de accidente o de daño para la salud.

Salud Ocupacional: Rama de la Salud Pública que tiene como finalidad promover y mantener el mayor grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones; prevenir todo daño a la salud causado por las condiciones de trabajo y por los factores de riesgo; y adecuar el trabajo al trabajador, atendiendo a sus aptitudes y capacidades.

Condiciones de salud: Conjunto de variables objetivas de orden fisiológico, psicológico y sociocultural que determinan el perfil sociodemográfico y de morbilidad de la población trabajadora.

Mapa de riesgos: Compendio de información organizada y sistematizada geográficamente a nivel nacional y/o subregional sobre las amenazas, incidentes o actividades que son valoradas como riesgos para la operación segura de una empresa u organización.

4. Derechos y obligaciones para los Países Miembros

En la doctrina laboral comparada, el deber de prevención presenta “una discordancia en cuanto a si esta es solamente jurídico-privada, es decir, que se tiene en virtud de la existencia de un contrato de trabajo o si, por el contrario, se trata de una obligación que junto con la anterior naturaleza privada también la tiene pública” (Salcedo 2000:42). La autora de este artículo sostiene que el deber de prevención tiene una doble faz: por un lado, jurídico-privado; y, por el otro, jurídico-público. Ello porque se trata de tutelar derechos humanos fundamentales como son la vida y la salud en el trabajo. Esta afirmación tiene su sustento en el texto de la revisión de la Declaración de Cartagena de Indias y el Plan de Acción aprobados por los ministros de Trabajo de la Comunidad Andina en mayo de 1999, así como en la II Reunión de Ministros de Trabajo celebrada en Lima en agosto de 1999, y en las reuniones similares desarrolladas durante los años 2000 y 2001 en las cuales la inclusión

de la temática de la Seguridad y Salud en el Trabajo se constituyó como uno de los ejes claves del proceso de integración andino, en relación con la agenda sociolaboral y por afectar la política social, económica y laboral de los Países Miembros.

Se anotaba que “el mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo en el contexto de las transformaciones económicas, sociales y tecnológicas es un tema que suscita el mayor interés para los países miembros del Convenio. En nuestros países, las condiciones de trabajo en las empresas tienden a ser deficientes, generando un incremento de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En la mayoría de los sectores de actividad industrial están proliferando empresas que no aplican con grados satisfactorios de eficiencia las medidas de protección de la seguridad y salud a sus trabajadores. Por otra parte, la insuficiente difusión de conocimientos especializados en materia de salud y seguridad en el trabajo, unida a los riesgos inherentes a la introducción de nuevas tecnologías y a la utilización de nuevos productos químicos y biológicos plantea desafíos para los gobiernos que deben enfrentar con decisión política y capacidad técnica. Debido a la importancia que le asignaron a los ejes temáticos, uno de los cuales es la Seguridad y Salud en el Trabajo, se diseñó un plan de acción que expresa el compromiso político asumido y cuya ejecución será responsabilidad de los ministerios de Trabajo.

En este contexto se recomienda al grupo de trabajo las siguientes acciones:

- Propender por una normativa comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo y una normativa de seguridad en el producto.
- Diseñar e implementar programas para la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales que le son comunes a los países del área.
- Diseñar programas para reforzar las actuaciones en materia de vigilancia y control de la salud ocupacional y los riesgos profesionales”.

Lo acotado ubica el proceso de construcción de la normativa comunitaria andina en Seguridad y Salud en el Trabajo como un esfuerzo para avanzar en la mejora de las condiciones de trabajo a fin de desarrollar la prevención de los riesgos en los centros de trabajo de la Subregión Andina. En este sentido, el artículo 2 del IASST señala: “Las normas previstas en el presente Instrumento tienen por objeto promover y regular las acciones que se deben desarrollar en los centros de trabajo de los Países Miembros para disminuir o eliminar los daños a la salud del trabajador, mediante la aplicación de medidas de control y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo”.

El enfoque propuesto de *Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo* se definió como el “conjunto de agentes y factores, articulados en el ámbito nacional y en el marco legal de cada Estado, que fomentan la prevención de los riesgos laborales y la promoción de las mejoras de las condiciones de trabajo, tales como la elaboración de normas, la inspección, la formación, promoción y apoyo,

el registro de información, la atención y rehabilitación en salud y el aseguramiento, la vigilancia y control de la salud, la participación y consulta a los trabajadores, y que contribuyen, con la participación de los interlocutores sociales, a definir, desarrollar y evaluar periódicamente las acciones que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores y, en las empresas, a mejorar los procesos productivos, promoviendo su competitividad en el mercado”. Para tal fin, el IASST estableció que los Países Miembros deberán implementar o perfeccionar sus Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, mediante acciones que propugnen políticas de prevención y de participación del Estado, de los empleadores y de los trabajadores.

En el marco de sus Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Países Miembros deberán propiciar el mejoramiento de las condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo. Sin embargo, para garantizar el cumplimiento por parte de los Estados Miembros, el IASST señaló la obligación de cada País Miembro de elaborar, poner en práctica y revisar periódicamente su política nacional de mejoramiento de las condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo, debiendo tener dicha política los siguientes objetivos específicos:

- a) Propiciar y apoyar una coordinación interinstitucional que permita una planificación adecuada y la racionalización de los recursos; así como de la identificación de riesgos a la salud ocupacional en cada sector económico;
- b) Identificar y actualizar los principales problemas de índole general o sectorial y elaborar las propuestas de solución acordes con los avances científicos y tecnológicos;
- c) Definir las autoridades con competencia en la prevención de riesgos laborales y delimitar sus atribuciones, con el propósito de lograr una adecuada articulación entre las mismas, evitando de este modo el conflicto de competencias;
- d) Actualizar, sistematizar y armonizar sus normas nacionales sobre seguridad y salud en el trabajo, propiciando programas para la promoción de la Salud y Seguridad en el Trabajo, orientado a la creación y/o fortalecimiento de los Planes Nacionales de Normalización Técnica en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo;
- e) Elaborar un Mapa de Riesgos;
- f) Velar por el adecuado y oportuno cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, mediante la realización de inspecciones u otros mecanismos de evaluación periódica, organizando, entre otros, grupos específicos de inspección, vigilancia y control dotados de herramientas técnicas y jurídicas para su ejercicio eficaz;

- g) Establecer un sistema de vigilancia epidemiológica, así como un registro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que se utilizará con fines estadísticos y para la investigación de sus causas;
- h) Propiciar la creación de un sistema de aseguramiento de los riesgos profesionales que cubra la población trabajadora;
- i) Propiciar programas para la promoción de la Salud y Seguridad en el Trabajo, con el propósito de contribuir a la creación de una cultura de prevención de los riesgos laborales;
- j) Asegurar el cumplimiento de programas de formación o capacitación para los trabajadores, acordes con los riesgos prioritarios a los cuales potencialmente se expondrán, en materia de promoción y prevención de la seguridad y salud en el trabajo;
- k) Supervisar y certificar la formación que, en materia de prevención y formación de la Seguridad y Salud en el Trabajo, recibirán los profesionales y técnicos de carreras afines. Los gobiernos definirán y vigilarán una política en materia de formación del recurso humano adecuada para asumir las acciones de promoción de la salud y la prevención de los riesgos en el trabajo, de acuerdo con sus reales necesidades, sin disminución de la calidad de la formación ni de la prestación de los servicios. Los gobiernos impulsarán la certificación de calidad de los profesionales en la materia, la cual tendrá validez en todos los Países Miembros;
- l) Asegurar el asesoramiento a empleadores y trabajadores en el mejor cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo.

Sobre los servicios de salud en el trabajo, que fueron definidos como el “conjunto de dependencias de una empresa que tiene funciones esencialmente preventivas y que está encargado de asesorar al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de: i) los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; ii) la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental”. Se establece la obligación para los Países Miembros de establecer servicios de salud en el trabajo, que podrán ser organizados por las empresas o grupos de empresas interesadas, por el sector público, por las instituciones de seguridad social o cualquier otro organismo competente o por la combinación de los enunciados. Este es el criterio adoptado por el Convenio OIT N° 161 sobre servicios de salud en el trabajo.

En relación con el desarrollo de las políticas nacionales gubernamentales de prevención de riesgos laborales, señala el IASST que deberán estar a cargo de los organismos competentes en cada País Miembro. Los Países Miembros deberán garantizar que esos organismos cuenten con personal estable, capacitado y cuyo

ingreso se determine mediante sistemas transparentes de calificación y evaluación. Dichos organismos deberán propiciar la participación de los representantes de los empleadores y de los trabajadores, a través de la consulta con sus organizaciones más representativas.

Además, con el fin de armonizar los principios contenidos en sus legislaciones nacionales, los Países Miembros de la Comunidad Andina deberán adoptar las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre Seguridad y Salud en el Trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, los siguientes aspectos.

- a) Niveles mínimos de seguridad y salud que deben reunir las condiciones de trabajo;
- b) Restricción de operaciones y procesos, así como de utilización de sustancias y otros elementos en los centros de trabajo que entrañen exposiciones a agentes o factores de riesgo debidamente comprobados y que resulten nocivos para la salud de los trabajadores. Estas restricciones, que se decidirán a nivel nacional, deberán incluir el establecimiento de requisitos especiales para su autorización;
- c) Prohibición de operaciones y procesos, así como de la utilización de sustancias y otros elementos en los lugares de trabajo que resulten nocivos para la salud de los trabajadores;
- d) Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos;
- e) Establecimiento de normas o procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional u otros procedimientos similares;
- f) Procedimientos para la calificación de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como de los requisitos y procedimientos para la comunicación e información de los accidentes, incidentes, lesiones y daños derivados del trabajo a la autoridad competente;
- g) Procedimientos para la rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laborales de los trabajadores con discapacidad temporal o permanente por accidentes y/o enfermedades ocupacionales;
- h) Procedimientos de inspección, de vigilancia y control de las condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo;
- i) Modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de salud atendiendo a las particularidades de cada lugar de trabajo; y

- j) Procedimientos para asegurar que el empleador, previa consulta con los trabajadores y sus representantes, adopte medidas en la empresa, de conformidad con las leyes o los reglamentos nacionales, para la notificación de los accidentes del trabajo, las enfermedades profesionales y los incidentes peligrosos. La notificación a la autoridad competente, al servicio de inspección del trabajo, a la institución aseguradora, o a cualquier otro organismo deberá ocurrir: i) inmediatamente después de recibir el informe en el caso de accidentes que son causa de defunción; y ii) dentro de los plazos prescritos, en el caso de otros accidentes del trabajo.

Asimismo, el IASST obliga a los Países Miembros a desarrollar las medidas necesarias destinadas a lograr que quienes diseñan, fabrican, importan, suministran o ceden máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo:

- a) Velen por que las máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro ni pongan en riesgo la seguridad y salud de los trabajadores;
- b) Cumplan con proporcionar información y capacitación sobre la instalación, así como sobre la adecuada utilización y mantenimiento preventivo de la maquinaria y los equipos; el apropiado uso de sustancias, materiales, agentes y productos físicos, químicos o biológicos, a fin de prevenir los peligros inherentes a los mismos, y la información necesaria para monitorizar los riesgos;
- c) Efectúen estudios e investigaciones o se mantengan al corriente de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos necesarios para cumplir con lo establecido en los incisos a) y b) del presente artículo;
- d) Traduzcan al idioma oficial y en un lenguaje sencillo y preciso, las instrucciones, manuales, avisos de peligro u otras medidas de precaución colocadas en los equipos y maquinarias, así como cualquier otra información vinculada a sus productos que permita reducir los riesgos laborales; y
- e) Velen por que las informaciones relativas a las máquinas, equipos, productos, sustancias o útiles de trabajo sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos.

De otra parte, el IASST establece que los Países Miembros desarrollarán las tecnologías de información y los sistemas de gestión en materia de seguridad y salud en el trabajo con miras a reducir los riesgos laborales.

Los Países Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para reforzar sus respectivos servicios de inspección de trabajo a fin de que estos orienten a las partes interesadas en los asuntos relativos a la Seguridad y Salud en el Trabajo, supervisen la adecuada aplicación de los principios, las obligaciones y derechos vigentes en la materia y, de ser necesario, apliquen las sanciones correspondientes en caso de infracción.

5. Derechos y obligaciones de los empleadores

5.1 Generalidades

En este capítulo se revisan tanto el deber de prevención que recae en el empleador como el tipo de obligaciones que de ello se generan. Desde la aprobación del Convenio N° 155 de la OIT se sostiene que la política nacional “tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”. Por su parte, en la Directiva marco 89/391/EEC (hoy Unión Europea) se sostiene que la “prevención hace referencia a todas aquellas medidas que se han tomado o que se han planeado para prevenir o minimizar los riesgos ocurridos en todas las fases del trabajo”.

Una definición relevante del IASST es la de empleador, establecida en el artículo 1, inciso v) “Toda persona física o jurídica que emplea a uno o varios trabajadores”. Cuando se revisan las Actas de los Debates de la Reunión Técnica de Quito en 2001 se anota que esta definición amplia y genérica debe incluir a las empresas y a la actividad de la administración pública del Estado, en cuanto es un empleador de sectores importantes de trabajadoras y de trabajadores que se encuentran protegidos por el instrumento andino.

En el IASST, artículo 1, inciso d) se definen las medidas de prevención como “las acciones que se adoptan con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, dirigidas a proteger la salud de los trabajadores contra aquellas condiciones de trabajo que generan daños que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el cumplimiento de sus labores, medidas cuya implementación constituye una obligación y deber de parte de los empleadores”.

Es posible afirmar que el deber de prevención se fundamenta en el hecho de que es el empleador quien determina las condiciones generales y específicas bajo las que sus trabajadoras y trabajadores laboran. En este sentido, el deber general del empleador en prevención hace referencia al deber primordial de los empleadores de velar por la seguridad y salud de las trabajadoras y los trabajadores en todas las circunstancias.

Otro aspecto a analizar es si este deber de prevención se concreta en obligaciones de medios o de resultados. Cuando se analiza, desde un enfoque socio-técnico, la gestión de la prevención se concluye que es fundamental atender tanto a los medios (condiciones de trabajo seguras y saludables, controles sobre los medios de trabajo potencialmente riesgosos, entre otros) como a los resultados: es decir, la reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como de los incidentes peligrosos. El argumento central es que se trata de la protección y tutela de los derechos humanos fundamentales como son el derecho a la vida y el derecho a la salud en el trabajo. En esta misma medida, el empleador deberá atender

al cumplimiento no solo de lo referido a los medios para mejorar su gestión preventiva, sino también de lo referido a los resultados de la misma. En este sentido, se debería observar una tendencia a la mejora de las condiciones de trabajo y a la reducción de las tasas e índices de siniestralidad y accidentabilidad tanto las empresas, como en el país y a nivel de la Subregión Andina.

Además, cabe anotar que los riesgos laborales están ocasionados por el trabajo y son riesgos “impuestos”, a diferencia de los riesgos que una persona elige libremente. En un centro de trabajo, es el empresario o la empresaria quien detenta en exclusiva la facultad de organizar las labores y, por lo tanto, de determinar las condiciones en las que se ha de trabajar y la exposición al riesgo. Veamos las diferencias. Un riesgo asumido libremente es, por ejemplo, el de fumar. A pesar de todas las campañas contra el uso del cigarrillo, hay personas que optan por seguir fumando. En un centro de trabajo, en cambio, es el empresario el que determina el nivel de riesgo al que expone al trabajador o a la trabajadora. Por ejemplo, el empresario A, por “reducir costos o ahorrar”, optó por adquirir una maquinaria de segunda, sin guardas de protección, sin mandos de prevención, sin mecanismo de absorción de polvo o de ruido. Así el empresario A, al adquirir una maquinaria insegura, genera un nivel muy alto de exposición para sus trabajadoras y trabajadores. Además, cabe señalar que en un sistema democrático moderno este tipo de riesgos impuestos tiene su límite en el hecho de que la trabajadora o el trabajador vende por un salario su trabajo, pero no su salud ni su vida, que son bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como se mencionó.

Es importante considerar que las obligaciones colocan como centro de la protección la salud y vida de los trabajadores y las trabajadoras, considerados tanto personal como colectivamente. Gran parte de las obligaciones tendrán a cada uno de ellos y ellas como sujetos directos; sin embargo, otras obligaciones serán de aplicación al colectivo de los mismos, sea a través de mecanismos de participación especializados, como son los Comités paritarios de Seguridad y Salud en el Trabajo, o a través de las organizaciones sindicales, como parte del ejercicio de la libertad sindical.

En este sentido, el IASST impone a los empleadores de la Subregión Andina la adopción de obligaciones de medios y de resultados en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo a fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes andinos. “La integración tiene el deber de contribuir, de manera más explícita y eficaz, al mejoramiento persistente de las condiciones de vida de nuestros pueblos, tal como lo establece el Acuerdo de Cartagena en su artículo primero” (Wagner 2004: 27).

El principio de prevención se sustenta en el hecho que las acciones para evitar los daños son mejores que las acciones para remediarlos. De tal manera que, aunque la compensación, cura y rehabilitación de las trabajadoras y los trabajadores accidentados son temas importantes, el foco y los esfuerzos principales se deben concentrar en la prevención de riesgos en las empresas. Aunque resulte obvio,

es importante insistir en que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales no son producto de la “mala suerte”, del error humano que termina culpabilizando a la propia víctima y eludiendo colocar el centro del problema en las condiciones de trabajo; sino que son producto de la carencia de prevención. Además, las condiciones de trabajo peligrosas pueden ser “gestionadas” a través de los diferentes mecanismos de las disciplinas de la ingeniería de seguridad, de la higiene ocupacional, de la ergonomía, de la medicina del trabajo, de la toxicología ocupacional, de la psicología del trabajo, entre otras ciencias que han sido creadas para contribuir a la mejora de las condiciones de trabajo.

En materia de prevención es importante tomar en consideración también el principio de precaución⁽²³⁾, en virtud del cual, cuando una actividad puede presentar amenazas a la salud, se deben tomar medidas de precaución incluso si las relaciones de causa efecto no están establecidas científicamente.

A nivel de la legislación comparada, es importante mencionar la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de la Unión Europea⁽²⁴⁾, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Allí, en el artículo 6, se establecen las “Obligaciones generales de los empresarios”, donde se dice:

“1. En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios.

El empresario deberá velar para que se adapten estas medidas a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes.

2. El empresario aplicará las medidas previstas en el párrafo primero del apartado 1 con arreglo a los siguientes principios generales de prevención:

- a) evitar los riesgos;
- b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar;
- c) combatir los riesgos en su origen;

(23) Ver: <http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/132042_es.htm>.

(24) Ver: El objetivo de la Directiva es garantizar una protección más eficaz de los trabajadores en el trabajo tanto mediante medidas dirigidas a la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales como mediante la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores y sus representantes. Esta directiva marco sirve de base para la adopción de directivas específicas. <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/health_hygiene_safety_at_work/c11113_es.htm>.

- d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud.
- e) tener en cuenta la evolución de la técnica;
- f) sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro;
- g) planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo;
- h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual;
- i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores”.

Estos principios generales de prevención son aquellos que se recogen como los fundamentales en el conjunto de la legislación y la doctrina internacionales sobre la materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.

En el artículo 11 del IASST se establece que “en todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales. Estas medidas deberán basarse, para el logro de este objetivo, en directrices sobre sistemas de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y su entorno como responsabilidad social y empresarial”.

Cabe recordar la definición que el artículo 1, inciso j) del IASST sobre Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo como el “conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de Seguridad y Salud en el Trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el mercado”.

En el caso del Perú, ante la inexistencia de una Ley de Prevención de Riesgos Laborales o de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Decreto Supremo N° 009-2005-TR establece en su artículo 15 que: “La gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización. El empleador delegará las funciones y la autoridad necesaria al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, quien rendirá cuentas de sus acciones al empleador y/o autoridad competente; ello no lo exime de su deber de prevención y, de ser el caso, de resarcimiento”.

5.2. Plan integral de prevención de riesgos

Para tal fin, señala el IASST, las empresas elaborarán planes integrales de prevención de riesgos. Esta obligación general y central que se establece requiere –y así lo entendieron los legisladores comunitarios y nacionales– de mayores concreciones. Por eso se sostiene que estos planes integrales deberán comprender al menos once acciones como mínimo:

- 1) Política empresarial. Formular la política empresarial y hacerla conocer a todo el personal de la empresa. Prever los objetivos, recursos, responsables y programas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- 2) Identificación y evaluación de los riesgos. Esta medida deberá hacerse en forma inicial y periódicamente, con la finalidad de planificar adecuadamente las acciones preventivas, mediante sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional específicos u otros sistemas similares, basados en mapa de riesgos.
- 3) Combatir y controlar los riesgos en su origen, en el medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual. En caso de que las medidas de prevención colectivas resulten insuficientes, el empleador deberá proporcionar, sin costo alguno para el trabajador, las ropas y los equipos de protección individual adecuados.
- 4) Sustitución. Programar la sustitución progresiva y con la brevedad posible de los procedimientos, técnicas, medios, sustancias y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador.
- 5) Medidas de prevención. Diseñar una estrategia para la elaboración y puesta en marcha de medidas de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.
- 6) Sistema de registro y notificación. Mantener un sistema de registro y notificación de los accidentes de trabajo, incidentes y enfermedades profesionales y de los resultados de las evaluaciones de riesgos realizadas y las medidas de control propuestas: registro al cual tendrán acceso las autoridades correspondientes, empleadores y trabajadores.
- 7) Investigar y analizar los accidentes, incidentes y enfermedades de trabajo, con el propósito de identificar las causas que los originaron y adoptar acciones correctivas y preventivas tendientes a evitar la ocurrencia de hechos similares, además de servir como fuente de insumo para desarrollar y difundir la investigación y la creación de nueva tecnología.
- 8) Información y capacitación. Informar a los trabajadores por escrito y por cualquier otro medio sobre los riesgos laborales a los que están expuestos y capacitarlos a fin de prevenirlos, minimizarlos y eliminarlos. Los horarios y el lugar en donde se llevará a cabo la referida capacitación se establecerán previo acuerdo de las partes interesadas.

- 9) Establecimiento de los mecanismos necesarios para garantizar que solo aquellos trabajadores que hayan recibido la capacitación adecuada, puedan acceder a las áreas de alto riesgo.
- 10) Organización participativa de la prevención. Designar, según el número de trabajadores y la naturaleza de sus actividades, un trabajador delegado de seguridad, un comité de seguridad y salud y establecer un Servicio de Salud en el Trabajo; y
- 11) Considerar la ergonomía y los factores psicosociales en los centros de trabajo. Fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con los diferentes tipos de riesgos psicosociales en el trabajo.

Asimismo, el IASST obliga a que el Plan Integral de Prevención de Riesgos deberá ser revisado y actualizado periódicamente con la participación de empleadores y trabajadores y, en todo caso, siempre que las condiciones laborales se modifiquen.

Sobre este particular es importante establecer las diferencias señaladas al hablar de la organización participativa de la prevención. Se hizo mención al delegado de seguridad, al comité de seguridad y salud y al Servicio de Salud en el Trabajo; y se subrayó su obligatoriedad y complementariedad funcional. Sobre cada uno de estas instancias, la Resolución N° 957 –Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (RIASST)– señala lo siguiente.

a. Delegado de Seguridad y Salud en el Trabajo

Esta opción de participación preventiva se limita para el caso de aquellas empresas que no cuenten con un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, por no alcanzar el número mínimo de trabajadores establecido para este fin en la legislación nacional correspondiente. De conformidad con el artículo 13 del RIASST, dicho Delegado será elegido democráticamente por los trabajadores, de entre ellos mismos; lo cual elimina la opción que el empleador designe a este Delegado; el sustento de esta disposición es permitir una activa, democrática y libre participación de las trabajadoras y los trabajadores aun cuando su centro de trabajo no alcance el mínimo legal. En el caso del Perú, este es el criterio que debería aplicarse a todos los centros de trabajo que tengan un número menor a los 25 trabajadores. Criterio que la normativa comunitaria reafirma en el artículo siguiente, señalando que el Delegado es un representante de las trabajadoras y los trabajadores y colaborará al interior de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales.

b. Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo

Conforme a la definición establecida en el IASST, este Comité es un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de las trabajadoras y los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas

por la legislación y la práctica nacionales. Dicho Comité tiene prevista una actuación como instancia de consulta regular y periódica de las intervenciones de la empresa en materia de prevención de riesgos y apoyo al desarrollo de los programas de Seguridad y Salud en el Trabajo. Asimismo se obliga a los Países Miembros que adopten disposiciones legislativas o administrativas para determinar el marco para la participación de representantes, tanto del empleador como de las trabajadoras y los trabajadores, que formarán parte del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, en función del tamaño de las empresas. El Comité será creado solo en aquellas empresas que alcancen el número mínimo de trabajadores establecido para este fin en las legislaciones nacionales.

Funciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo

Se le atribuyó al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo las siguientes funciones de acuerdo con el artículo 11 del RIASST que señala:

- a) Participar en la elaboración, aprobación, puesta en práctica y evaluación de las políticas, planes y programas de promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo, de la prevención de accidentes y enfermedades profesionales;
- b) Considerar las circunstancias y colaborar con la investigación de las causas de todos los accidentes, enfermedades profesionales e incidentes que ocurran en el lugar de trabajo;
- c) Hacer recomendaciones pertinentes para evitar la repetición de los accidentes y la ocurrencia de enfermedades profesionales;
- d) Hacer inspecciones periódicas del lugar de trabajo y de sus instalaciones, maquinarias y equipos, a fin de reforzar la gestión preventiva;
- e) Hacer recomendaciones apropiadas para el mejoramiento de las condiciones y el medio ambiente de trabajo; velar por que se lleven a cabo las medidas adoptadas y examinar su eficiencia;
- f) Vigilar el cumplimiento de la legislación, las normas internas y las especificaciones técnicas del trabajo relacionadas con la seguridad y salud en el lugar de trabajo;
- g) Procurar el compromiso, colaboración y participación activa de todos los trabajadores en el fomento de la prevención de riesgos en el lugar de trabajo;
- h) Promover que todos los nuevos trabajadores reciban una formación sobre prevención de riesgos, instrucción y orientación adecuada;
- i) Garantizar que todos los trabajadores estén informados y conozcan los reglamentos, instrucciones, especificaciones técnicas de trabajo, avisos y

demás materiales escritos o gráficos relativos a la prevención de los riesgos en el lugar de trabajo;

- j) Supervisar los servicios de salud en el trabajo y la asistencia y asesoramiento al empleador y al trabajador;
- k) Conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los precedentes de la actividad del servicio de prevención, en su caso;
- l) Conocer y aprobar la Memoria y Programación Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Finalmente, se reitera que las funciones mencionadas deberán desarrollarse de conformidad con el IASST y la legislación y prácticas de cada País Miembro.

c. Servicio de Salud en el Trabajo

Sobre la base del artículo 5 de la Decisión N° 584, se señala que los Países Miembros se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para el establecimiento de los Servicios de Salud en el Trabajo, los cuales podrán ser organizados por las empresas o grupos de empresas interesadas, por el sector público, por las instituciones de seguridad social o cualquier otro tipo de organismo competente o por la combinación de los enunciados. Cabe anotar que los contenidos que se presentan en el RIASST forman parte de lo establecido en el Convenio de la OIT N° 161 sobre Servicios de Salud en el Trabajo, que se constituye en el marco normativo inspirador de los contenidos que el RIASST desarrolla, conforme se evidencia de una lectura comparada de ambos instrumentos jurídicos. Conforme se mencionó, al ser el IASST parte de la normativa comunitaria andina de obligatorio cumplimiento en los Países Miembros, se deberá constituir un Servicio de Salud en el Trabajo en cada empresa o centro de trabajo. En realidad, si se compara este contenido normativo con los otros países andinos en todos se cuenta con normas nacionales sobre la materia.

c.1. Criterios para conformar un Servicio de Salud en el Trabajo

Sobre los mecanismos para conformar los Servicios de Salud en el Trabajo, se establecen criterios para los Países Miembros y las empresas, en el sentido siguiente:

- a) Por vía legislativa o administrativa, de conformidad con la práctica de cada País Miembro;
- b) Por convenios colectivos u otros acuerdos entre los empleadores y los trabajadores interesados; o,

- c) De cualquier otra manera que acuerde la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesados.

c.2. Carácter esencialmente preventivo

El Servicio de Salud en el Trabajo tendrá un carácter esencialmente preventivo y podrá conformarse de manera multidisciplinaria –sostiene el artículo 4 del RIASST– y brindará asesoría al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa en los siguientes aspectos:

- a) Establecimiento y conservación de un medio ambiente de trabajo digno, seguro y sano que favorezca la capacidad física, mental y social de los trabajadores temporales y permanentes;
- b) Adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud físico y mental.

c.3. Funciones del Servicio de Salud en el Trabajo

El Servicio de Salud en el Trabajo deberá cumplir con las siguientes funciones:

- a) Elaborar, con la participación efectiva de los trabajadores y empleadores, la propuesta de los programas de Seguridad y Salud en el Trabajo enmarcados en la política empresarial de Seguridad y Salud en el Trabajo;
- b) Proponer el método para la identificación, evaluación y control de los factores de riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo;
- c) Observar los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos los comedores, alojamientos y las instalaciones sanitarias, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador;
- d) Asesorar sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos, y sobre las substancias utilizadas en el trabajo;
- e) Verificar las condiciones de las nuevas instalaciones, maquinarias y equipos antes de dar inicio a su funcionamiento;
- f) Participar en el desarrollo de programas para el mejoramiento de las prácticas de trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud;
- g) Asesorar en materia de salud y seguridad en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva;

- h) Vigilar la salud de los trabajadores en relación con el trabajo que desempeñan;
- i) Fomentar la adaptación al puesto de trabajo y equipos y herramientas, a los trabajadores, según los principios ergonómicos y de bioseguridad, de ser necesario;
- j) Cooperar en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional y de reinserción laboral;
- k) Colaborar en difundir la información, formación y educación de trabajadores y empleadores en materia de salud y seguridad en el trabajo, y de ergonomía, de acuerdo a los procesos de trabajo;
- l) Organizar las áreas de primeros auxilios y atención de emergencias;
- m) Participar en el análisis de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como de las enfermedades producidas por el desempeño del trabajo;
- n) Mantener los registros y estadísticas relativos a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo;
- o) Elaborar la Memoria Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Además, según establece el artículo 5 del RIASST, las funciones antes mencionadas serán desarrolladas en coordinación con los demás servicios de la empresa, en consonancia con la legislación y prácticas de cada País Miembro.

c.4. Independencia profesional del personal

Las razones por las cuales la Comisión Internacional de Salud Ocupacional (ICOH)⁽²⁵⁾ adoptó un “Código Internacional de Ética para los Profesionales de la Salud Ocupacional, distinto de los demás códigos de ética existentes para los médicos en general. Una razón es el creciente reconocimiento de las complejas, y a veces contradictorias, responsabilidades que le caben a los profesionales de la salud y de la seguridad en el trabajo frente a los trabajadores, los empleadores, el público, la salud pública y las autoridades laborales, y otras instituciones como la seguridad social y las autoridades judiciales. Otra razón es el incremento del número de los profesionales de la salud y seguridad en el trabajo, como resultado de la instalación obligatoria o voluntaria de servicios de salud en el trabajo. Otro factor muy importante es el desarrollo emergente del enfoque multidisciplinario de la salud ocupacional, que implica que especialistas de diferentes profesiones se involucren en los servicios de salud ocupacional”. En este Código resulta importante porque

(25) Ver: <http://www.icohweb.org/core_docs/code_ethics_spanish.pdf>.

aborda el tema de los actos médicos en salud ocupacional y señala pautas orientadoras.

En esa misma línea el RIASST señala que “El personal que preste servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, deberá gozar de independencia profesional, respecto del empleador así como de los trabajadores y de sus representantes”.

c.5. Certificaciones y calificaciones exigibles al personal

Será la autoridad competente en cada País Miembro quienes determinarán periódicamente las certificaciones y calificaciones exigibles al personal que haya de prestar Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo, según la naturaleza de las funciones a desempeñar y de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

5.3. Sistemas de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo

Los empleadores deberán adoptar y garantizar el cumplimiento de las medidas necesarias para proteger la salud y el bienestar de los trabajadores, entre otros, a través de los sistemas de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, señala el artículo 9 del IASST. El Reglamento del IASST desarrolla este contenido normativo genérico y establece que para el desarrollo de los Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Países Miembros podrán tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Gestión administrativa:
 - 1. Política
 - 2. Organización
 - 3. Administración
 - 4. Implementación
 - 5. Verificación
 - 6. Mejoramiento continuo
 - 7. Realización de actividades de promoción en Seguridad y Salud en el Trabajo
 - 8. Información estadística.
- b) Gestión técnica:
 - 1. Identificación de factores de riesgo
 - 2. Evaluación de factores de riesgo
 - 3. Control de factores de riesgo
 - 4. Seguimiento de medidas de control.

- c) Gestión del talento humano:
 - 1. Selección
 - 2. Información
 - 3. Comunicación
 - 4. Formación
 - 5. Capacitación
 - 6. Adiestramiento
 - 7. Incentivo, estímulo y motivación de los trabajadores.
- d) Procesos operativos básicos:
 - 1. Investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
 - 2. Vigilancia de la salud de los trabajadores (vigilancia epidemiológica)
 - 3. Inspecciones y auditorías
 - 4. Planes de emergencia
 - 5. Planes de prevención y control de accidentes mayores
 - 6. Control de incendios y explosiones
 - 7. Programas de mantenimiento
 - 8. Usos de equipos de protección individual
 - 9. Seguridad en la compra de insumos
 - 10. Otros específicos, en función de la complejidad y el nivel de riesgo de la empresa.

Asimismo, en los casos que dos o más empresas o cooperativas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención y protección frente a los riesgos del trabajo. Dichas medidas serán equitativa y complementariamente asignadas y coordinadas entre las empresas, de acuerdo a los factores de riesgo a que se encuentren expuestos los trabajadores y las trabajadoras. Igual procedimiento se seguirá con contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades de intermediación laboral existentes en los Países Miembros.

5.4. Participación de las y los trabajadores y de sus representantes

Los empleadores deberán propiciar la participación de los trabajadores y de sus representantes en los organismos paritarios existentes para la elaboración y ejecución del plan integral de prevención de riesgos de cada empresa. Asimismo, deberán conservar y poner a disposición de los trabajadores y de sus representantes,

así como de las autoridades competentes, la documentación que sustente el referido plan. Más adelante desarrollaremos con mayor profundidad este tema.

5.5. Exámenes médicos

Los empleadores serán responsables de que los trabajadores se sometan a los exámenes médicos de pre-empleo, periódicos y de retiro, acorde con los riesgos a que están expuestos en sus labores. Tales exámenes serán practicados, preferentemente, por médicos especialistas en salud ocupacional y no implicarán ningún costo para los trabajadores y, en la medida de lo posible, se realizarán durante la jornada de trabajo.

5.6. Primeros auxilios

En las legislaciones nacionales se verificó una cierta diferencia en relación al tratamiento de la atención de los primeros auxilios. Sin embargo, desde una lógica de protección de la salud y la vida en el trabajo es mejor que todo empleador prevea esta atención. Así, el IASST establece en su artículo 15 que: “Todo empleador está obligado a dotar a todos sus trabajadores el acceso y deberá garantizar el derecho a la atención de primeros auxilios en casos de emergencia derivados de accidentes de trabajo o de enfermedad común repentina. En los lugares de trabajo donde se desarrollen actividades de alto riesgo o en donde lo determine la legislación nacional, deberá garantizarse la atención por servicios médicos, de servicios de salud en el trabajo o mediante mecanismos similares”.

5.7. Respuesta a emergencias

En las diversas legislaciones nacionales, las respuestas a las emergencias están muy relacionadas a los planes nacionales de defensa civil, de protección contra desastres naturales o emergencias nacionales mayores. El legislador comunitario consideró conveniente incluir la gestión preventiva desde los centros de trabajo como parte de una estrategia preventiva más integrada. En ese sentido, el artículo 16 establece que: “Los empleadores, según la naturaleza de sus actividades y el tamaño de la empresa, de manera individual o colectiva, deberán instalar y aplicar sistemas de respuesta a emergencias derivadas de incendios, accidentes mayores, desastres naturales u otras contingencias de fuerza mayor”.

5.8. Responsabilidad solidaria

El tema de la responsabilidad solidaria como parte del deber de prevención de los empleadores es un tema controversial en la doctrina laboral. En el caso del IASST se señaló una obligación general en el artículo 17 del IASST: “Siempre que dos o más empresas o cooperativas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención de riesgos laborales”. Posteriormente, el Reglamento del IASST en su artículo 18 precisa lo siguiente: “Los empleadores, las empresas, los contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades

de intermediación laboral existentes en los Países Miembros, serán solidariamente responsables, frente a los trabajadores, de acuerdo a los parámetros que establezca la legislación nacional de cada País Miembro respecto a las obligaciones y responsabilidades que se señalan en el presente Reglamento”.

6. Derechos y obligaciones de los trabajadores

Todas las obligaciones empresariales son, correlativamente, derechos de trabajadoras y trabajadores, ya que están pensadas, previstas y dispuestas para tutelar su salud, sostienen diversos autores. Como se mencionó este reconocimiento de derechos aborda tanto al ámbito personal como al colectivo, por lo tanto, estos derechos de trabajadoras y trabajadores tienen una doble dimensión. Sin afectar ni vulnerar los derechos individuales, el IASST y su RIASST optaron por establecer expresamente medidas de protección a los trabajadores. Medidas que estuvieron plasmadas anteriormente en diversas legislaciones nacionales sobre la materia y que ambos instrumentos recogieron.

A continuación se presentarán los principales alcances del marco normativo andino sobre la materia. El artículo 18 del IASST es relevante porque señala dos derechos fundamentales:

- a. Todos los trabajadores tienen derecho a desarrollar sus labores en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales, que garanticen su salud, seguridad y bienestar.
- b. Los derechos de consulta, participación, formación, vigilancia y control de la salud en materia de prevención, forman parte del derecho de los trabajadores a una adecuada protección en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.

A continuación el IASST desarrolla con mayor detalle los derechos considerados, solo en algunos casos resultan derechos novedosos debido a que la mayoría se encontraban tutelados en las diversas legislaciones de los Países Miembros de la Comunidad Andina.

Derecho a la información

Los trabajadores tienen derecho a estar informados sobre los riesgos laborales vinculados a las actividades que realizan. Complementariamente, los empleadores comunicarán las informaciones necesarias a los trabajadores y sus representantes sobre las medidas que se ponen en práctica para salvaguardar la seguridad y salud de los mismos.

Derecho a solicitar una inspección

Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a solicitar a la autoridad competente la realización de una inspección al centro de trabajo, cuando consideren que no existen condiciones adecuadas de seguridad y salud en el mismo. Este derecho comprende el de estar presentes durante la realización de la respectiva

diligencia y, en caso de considerarlo conveniente, dejar constancia de sus observaciones en el acta de inspección.

Derecho a interrumpir el trabajo

Este es un derecho que apareció por primera vez como la facultad de los trabajadores de abandonar el puesto de trabajo ante un riesgo grave e inminente, en el Convenio OIT 155 sobre seguridad y salud e los trabajadores. 1981. Sin embargo, en la experiencia preventiva anglosajona este derecho es conocido como “*right to refuse*” y tiene su origen a inicios del Siglo XX. En el artículo 21 del IASST se establece lo siguiente: “Sin perjuicio de cumplir con sus obligaciones laborales, los trabajadores tienen derecho a interrumpir su actividad cuando, por motivos razonables, consideren que existe un peligro inminente que ponga en riesgo su seguridad o la de otros trabajadores. En tal supuesto, no podrán sufrir perjuicio alguno, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave”. Es una formulación compleja para un derecho preventivo por excelencia y se fundamenta en que frente a situaciones de alto riesgo en donde la probabilidad de lesiones o incluso la muerte es percibida por los trabajadores, ellos tienen derecho a abandonar el centro de trabajo para tutelar su vida y su salud.

Derecho al cambio de puesto por razones de salud

Los trabajadores tienen derecho a cambiar de puesto de trabajo o de tarea por razones de salud, rehabilitación, reinserción y capacitación.

Derecho a los exámenes médicos

Los trabajadores tienen derecho a conocer los resultados de los exámenes médicos, de laboratorio o estudios especiales practicados con ocasión de la relación laboral.

Derecho a la confidencialidad de los datos de salud

Los trabajadores tienen derecho a la confidencialidad de dichos resultados, limitándose el conocimiento de los mismos al personal médico, sin que puedan ser usados con fines discriminatorios ni en su perjuicio. Solo podrá facilitarse al empleador información relativa a su estado de salud, cuando el trabajador preste su consentimiento expreso.

Derecho a la formación continua

Los trabajadores tienen derecho a la formación continua en materia de prevención y protección de la salud en el trabajo.

Obligaciones de trabajadoras y trabajadores

Las trabajadoras y trabajadores tienen las siguientes obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales:

- a) Cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de Seguridad y Salud en el Trabajo que se apliquen en el lugar de trabajo, así como con las instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos directos;
- b) Cooperar en el cumplimiento de las obligaciones que competen al empleador;
- c) Usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección individual y colectiva;
- d) No operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no hayan sido autorizados y, en caso de ser necesario, capacitados;
- e) Informar a sus superiores jerárquicos directos acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro para la vida o la salud de los trabajadores;
- f) Cooperar y participar en el proceso de investigación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales cuando la autoridad competente lo requiera o cuando a su parecer los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron;
- g) Velar por el cuidado integral de su salud física y mental, así como por el de los demás trabajadores que dependan de ellos, durante el desarrollo de sus labores;
- h) Informar oportunamente sobre cualquier dolencia que sufran y que se haya originado como consecuencia de las labores que realizan o de las condiciones y ambiente de trabajo. El trabajador debe informar al médico tratante las características detalladas de su trabajo, con el fin de inducir la identificación de la relación causal o su sospecha;
- i) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa así como a los procesos de rehabilitación integral, y
- j) Participar en los organismos paritarios, en los programas de capacitación y otras actividades destinadas a prevenir los riesgos laborales que organice su empleador o la autoridad competente.

Medidas de protección a los trabajadores

Las y los trabajadores no deberán sufrir perjuicio alguno, en observancia de las legislaciones nacionales, de conformidad con el contenido de los artículos 15 al 17 del RIASST, cuando:

- a) Hayan formulado una queja por lo que considera ser una infracción a las disposiciones reglamentarias o una deficiencia grave en las medidas tomadas por el empleador en el campo de la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo;

- b) Emprendan medidas justificadas por el o los trabajadores de acuerdo a la legislación nacional establecida en cada País Miembro;
- c) Juzguen necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que existe un peligro inminente que pone en riesgo su seguridad y salud o la de otros trabajadores. En este caso deberá informar de inmediato a su superior jerárquico directo y a los delegados de Seguridad y Salud en el Trabajo. Mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuera necesario, no podrá exigir a los trabajadores que reanuden sus actividades cuando subsista dicho peligro;
- d) Notifiquen un accidente de trabajo, una enfermedad profesional, un incidente, un suceso peligroso, un accidente de trayecto o un caso de enfermedad cuyo origen profesional sea sospechoso.

Con el fin de proteger a los trabajadores, se conservará de manera confidencial la información de la salud de los mismos. Esta será consignada en una historia médica ocupacional en los Servicios de Salud en el Trabajo o en las instituciones médicas que consideren la legislación o las disposiciones de la empresa.

Los trabajadores y empleadores que formen parte de los Servicios de Salud en el Trabajo solo tendrán acceso a dicha información si tiene relación con el cumplimiento de sus funciones. En caso de información personal de carácter médico confidencial, el acceso debe limitarse al personal médico.

Los resultados de las evaluaciones médicas ocupacionales serán comunicados por escrito al trabajador y constarán en su historia médica. El empleador conocerá de los resultados de estas evaluaciones con el fin exclusivo de establecer acciones de prevención, ubicación, reubicación o adecuación de su puesto de trabajo, según las condiciones de salud de la persona, el perfil del cargo y la exposición a los factores de riesgo.

La legislación nacional de los Países Miembros podrá establecer los mecanismos para el acceso a la información pertinente por parte de los organismos competentes y de otras instituciones.

7. Las trabajadoras y los trabajadores objeto de protección especial

Este es uno de los contenidos del IASST que resulta novedoso, por la discriminación positiva que realiza a favor de un segmento específico de trabajadoras y trabajadores. Al inicio, de acuerdo con las Actas del Taller de Quito, no había consenso sobre estos criterios de diferenciación y tampoco con la creación de un capítulo distinto del referido a los trabajadores. Finalmente, se llegó al consenso que la situación de mayor vulnerabilidad de estas situaciones permanentes (como puede ser la discapacidad) o temporales (como es la maternidad) requieren de una atención especial tanto por parte de los Países Miembros, como de los empleadores y de los propios trabajadores.

Situación de discapacidad

El empleador deberá garantizar la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberán tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos, en la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias.

Funciones de procreación

El empleador deberá tener en cuenta, en las evaluaciones del plan integral de prevención de riesgos, los factores de riesgo que pueden incidir en las funciones de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, con el fin de adoptar las medidas preventivas necesarias.

Periodo de embarazo y lactancia

Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el periodo de embarazo o lactancia, los empleadores deberán adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a tales riesgos. Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente. En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros.

Prohibición de contratar menores y adolescentes

Se prohibió la contratación de niñas, niños y adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental. La legislación nacional de cada País Miembro establecerá las edades límites de admisión a tales empleos, la cual no podrá ser inferior a los 18 años. Previamente a la incorporación a la actividad laboral de niñas, niños y adolescentes, el empleador deberá realizar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición al riesgo, con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias. Dicha evaluación tomará en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, salud y desarrollo de las niñas, niños y adolescentes.

El empleador deberá informar a las niñas, niños y adolescentes y a sus padres, representantes o responsables, de los riesgos y las medidas adoptadas. Los empleadores serán responsables de que a las niñas, niños y adolescentes trabajadores se les practiquen exámenes médicos de pre-empleo, periódicos o de retiro. Cuando los mayores de 18 años pero menores de 21 estén realizando trabajos considerados como insalubres o peligrosos, de acuerdo con lo previsto en la legislación nacional, los exámenes periódicos deberán efectuarse hasta la edad de 21 años, por lo menos cada año. Tales exámenes les serán practicados por un médico especialista

en salud ocupacional, y los resultados deberán ser informados a sus padres, representantes o responsables.

8. Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo

Uno de los argumentos que sustentó la derogatoria de la Decisión 547 fue que no contaba con ningún marco institucional que permitiera darle viabilidad a la plena vigencia y aplicación de esta normativa comunitaria andina en los Países Miembros. Es así que el artículo 33 del IASST crea el Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST), como ente encargado de asesorar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión, al Consejo Asesor de Ministros de Trabajo y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, en los temas vinculados a la seguridad y salud en el espacio comunitario.

Conformación

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST) está conformado por las autoridades nacionales competentes en materia de seguridad y salud en el trabajo de cada uno de los Países Miembros. Dichos representantes son designados por cada País Miembro y acreditados ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por medio del respectivo Ministerio de Relaciones Exteriores.

Funciones del CAASST

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CAASST) viene asumiendo las siguientes funciones principales:

- a) Coadyuvar a la aplicación del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”, de su Reglamento y demás instrumentos complementarios;
- b) Emitir opinión técnica no vinculante sobre los temas referidos al “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- c) Proponer eventuales modificaciones, ampliaciones y normas complementarias del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”;
- d) Facilitar criterios técnicos que permitan superar las eventuales discrepancias que pudiesen surgir sobre la interpretación o aplicación del “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo”;
- e) Crear grupos de trabajo especializados integrados por expertos en las materias que señale el Comité.

Reuniones

El CAASST se reúne al menos una vez por año, o cuando lo solicite su Presidencia, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría

General de la Comunidad Andina, el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo o, por lo menos, dos Países Miembros. El CAASST cuenta con un Reglamento Interno.

Coordinaciones

El Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo (CA-ASST), en lo que corresponda, coordinará sus acciones con el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM), con el Comité Andino de Autoridades en Seguridad Social (CAASS) y con el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina.

Participación como observadores

En sus reuniones podrán participar, en calidad de observadores, representantes de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración así como representantes de organismos internacionales vinculados con los asuntos materia de discusión por parte del CAASST.

Secretaría Técnica del CAASST

La Secretaría General de la Comunidad Andina desempeñará las funciones de Secretaría Técnica del Comité.

Avances del CAASST

Este es uno de los Comités más activos y continúa su trabajo desde su instalación en el año 2004. Las sesiones han tenido una frecuencia por lo menos anual. En los últimos años se evidencia una mayor actividad. Es importante anotar que como parte del Sistema Andino de Integración (SAI), la Presidencia del CAASST está definida por un periodo anual y la rotación sigue los procedimientos del SAI. Uno de los mecanismos establecidos en el Reglamento Interno es su funcionamiento a través de Videoconferencias, las cuales al cumplir los requisitos establecidos tienen plena validez para efectos de la adopción de acuerdos. Veamos la dinámica que viene desarrollando este Comité:

2004: I Reunión de Instalación del CAASST y elaboración del Plan de Trabajo 2004-2005. Modalidad presencial. Abril.

2005: II Reunión del CAASST y aprobación del Reglamento Interno.

2006: III Reunión del CAASST. Modalidad: Videoconferencia. Fecha: 30 de noviembre⁽²⁶⁾.

2007: IV Reunión del CAASST. Modalidad: Videoconferencia. Fecha: 27 de febrero.

V Reunión del CAASST. Modalidad: Videoconferencia. Fecha: 10 de abril.

(26) Información recolectada de: <<http://www.comunidadandina.org/camtandinos>>.

VI Reunión del CAASST. Modalidad: Videoconferencia. Fecha: 24 de octubre

2009: VII Reunión Ordinaria del CAASST. Modalidad: Videoconferencia. Fecha: 30 de septiembre.

Foro Regional Andino “Hacia la consolidación de los sistemas de información en Seguridad y Salud en el Trabajo”. Lugar de realización: Bogotá, Colombia. Fecha: 12 al 14 de noviembre.

VIII Reunión Ordinaria del CAASST. Modalidad: Presencial. Lugar de realización: Bogotá, Colombia. Fecha: 14 de noviembre.

2010: IX Reunión Ordinaria del CAASST. Modalidad: Presencial. Lugar de realización: Lima, Perú. Fecha: 7 de mayo.

Son parte de los avances la aprobación del Plan Andino para la Eliminación de la Silicosis, la identificación de los principales indicadores de Seguridad y Salud en el Trabajo, avances en diagnósticos por cada uno de los Países Miembros, y la realización de importantes aportes al desarrollo de sinergias entre los Países Miembros y sus organismos públicos. La participación de los representantes de los Consejos Consultivos, tanto el Empresarial como el Laboral, se concretó en el Foro Regional Andino que se realizó en Lima, Perú.

APRECIACIONES FINALES

La Comunidad Andina es un proceso de integración que, si bien tuvo y mantiene un alto dinamismo en los aspectos económico-comerciales, en su Tratado constitutivo incorporó y subrayó la importancia del bienestar de los habitantes de esta Subregión Andina.

Desde sus orígenes el proceso de integración andino mantiene una evolución que avanza en los planos de lograr mayor autonomía, fortalecimiento de la institucionalidad y organización a través del Sistema Andino de Integración (SAI) que incorpora a este las diversas instituciones, convenios y órganos de participación de la sociedad civil. Ese inicial interés por lo social, luego se concreta en lo que se denomina la “Agenda Sociolaboral” de la “Agenda de Integración Andina”.

Esta agenda, priorizada por el Consejo de Ministros de Trabajo, que actualmente constituye el Consejo Asesor de Ministros de Trabajo (CAMT) estableció cinco ejes prioritarios. Estos cinco ejes son: Promoción del Empleo, Seguridad Social, Migración Laboral, Formación Profesional y Seguridad y Salud en el Trabajo.

Estos cinco ejes prioritarios se encuentran consagrados en el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral, que fue suscrito el 23 de junio de 2001 por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Se constituiría en el espacio subregional andino para fomentar el diálogo social en materia sociolaboral debido a su conformación tripartita. Al constituirse, participarán los representantes de los ministerios de

Trabajo, los representantes de los empleadores y de las organizaciones sindicales. En la actualidad solo está pendiente su ratificación por el Gobierno de Colombia.

Un aspecto significativo de la Comunidad es la construcción de un derecho comunitario andino que tiene características similares a otros procesos de integración como el europeo. Es así que se configura como un derecho autónomo, completo y dinámico, obligatorio para todos los Estados miembros que lo conforman, así como para todas las personas jurídicas y naturales. Las decisiones de la Comunidad Andina están dotadas de aplicabilidad inmediata o automática y de aplicabilidad preferente. La normativa comunitaria andina obliga a los poderes de los Países Miembro en todo el territorio comunitario.

La Decisión N° 584 “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” (IASST) y la Resolución N° 957 “Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” (RIASST) se constituyen en la normativa comunitaria vigente en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. En este sentido, dicha normativa comunitaria andina se encuentra vigente en los Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; forma parte de su derecho interno.

El IASST y el Reglamento desarrollan el deber de prevención empresarial a nivel del ámbito comunitario y por el carácter de este deber se imputan obligaciones no solo a los empleadores sino a los Países Miembros. Las definiciones y el ámbito de aplicación se constituyen en la primera parte de la reflexión sobre el contenido de esta normativa. A continuación se presentan las obligaciones para los Países Miembros enmarcados en el enfoque de Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. La concreción del deber de prevención del empleador, como uno de medios y de resultados se plasma en la tercera parte. Los derechos y obligaciones de los trabajadores se constituyen en un catálogo mínimo de derechos, comparados con el contenido de los Convenios de la OIT sobre Seguridad y Salud en el Trabajo. Seguidamente se consignan mecanismos y garantías para la protección de ciertos grupos de trabajadores, en razón de discapacidad, de periodo de embarazo o lactancia y siguiendo la tendencia global, se prohíbe el trabajo infantil y de adolescentes en actividades de alto riesgo. Finalmente, se presentan los avances realizados por el Comité Andino de Autoridades en Seguridad y Salud en el Trabajo con el objetivo de propender a una cultura preventiva de los riesgos laborales en los centros de trabajo de la Subregión Andina. Esta instancia cuenta con la participación de los Consejos Consultivo Laboral y Empresarial Andinos.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO VALDEZ, Luis

1972 *Política Laboral en el Grupo Andino*. Universidad del Pacífico. Centro de Investigación. Lima.

2004 “La Dimensión Social de la Integración”. *El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio*. Lima, 2004, pp. 1-5.

BABACE, Héctor

2004 *Derecho de la integración y Relaciones Laborales*. Segunda Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo

2002 Fuentes (II): “La protección de la seguridad y salud laboral en la normativa europea”. En: *Manual de Prevención de Riesgos Laborales de José Ignacio García Ninet*. Barcelona. Atelier Manuales universitarios, pp. 69-90.

MARTÍEZ FERNÁNDEZ, Daniel

2004 *Rol de los actores sociales en los Acuerdos de Integración Regional y Libre Comercio*. El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio. Lima, 2004, p. 148.

NEVES MUJICA, Javier

2004 *Derechos Laborales y Empleo en el Tratado de Libre Comercio*. El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio. Lima, 2004, pp. 77-82.

NOVAK TALAVERA, Fabián

2003 “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”. En: *Derecho Comunitario Andino*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp 21-54.

SALCEDO BELTRÁN, Ma. Carmen

2000 *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Tirant lo blanch. Valencia, pp. 48-50.

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth

2003 “Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas”. En: *Derecho Comunitario Andino*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp. 21-54.

TELLO VIDAL, Luis

2009 *Diálogo tripartito en los Países Andinos*. Instituto Laboral Andino (ILA) Lima, p. 103.

VV.AA.

2005 *Salud laboral: Un reto para la Región Andina en el Siglo XXI*. Instituto Laboral Andino. Lima, 2005, p. 97.

WAGNER TIZÓN, Allan

2004 *Integración y Desarrollo Social en la Comunidad Andina*. El Trabajo y el Empleo en los Tratados de Libre Comercio. Lima, 2004, pp. 27-30.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Liliana Tsuboyama Shiohama

INTRODUCCIÓN

Según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT”) cada año mueren aproximadamente 2,3 millones de personas por accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo (360,000 por accidentes y 1,95 millones por enfermedad). Adicionalmente cerca del 4% del Producto Bruto Interno de los países se pierden por costos directos e indirectos relacionados a accidentes y enfermedades laborales, como consecuencia de las inasistencias, pagos de las indemnizaciones, eventuales interrupciones del proceso productivo y el pago de gastos médicos y similares⁽¹⁾. A través de estas cifras que recogen datos a nivel mundial, resalta la importancia que reviste la seguridad y salud en el ámbito de las relaciones laborales, lo que debe ser internalizado por los Estados, los empleadores y los trabajadores.

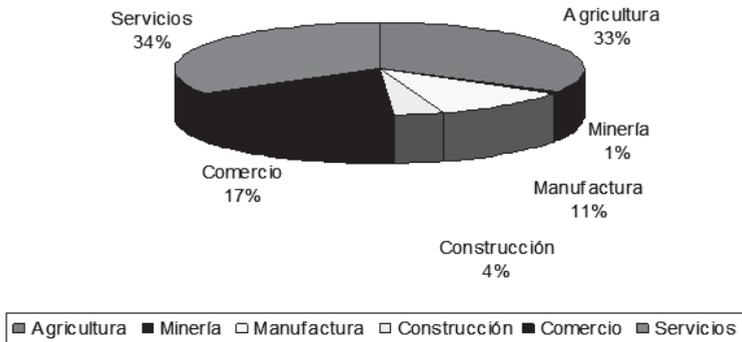
En nuestro país, el tema de la seguridad y salud en el trabajo normalmente fue un tema que se desarrollaba en las actividades consideradas de alto riesgo como la minería, energía, construcción e industria. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR⁽²⁾, en adelante “el Reglamento”, se extendió el cumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo⁽³⁾— en adelante “SST” a todos los empleadores de las demás actividades económicas.

(1) <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/documents/publication/wcms_105149.pdf>

(2) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 29 de setiembre de 2005.

(3) Entiéndase que, si bien es cierto siempre ha existido un deber general del empleador de proteger a sus trabajadores contra riesgos que afecten su salud, el Reglamento lo que hace es crear un sistema específico sobre el particular, con una estructura y obligaciones precisas.

En efecto, conforme lo vemos en el gráfico siguiente, correspondiente al año 2007, en que comenzó a regir el Reglamento, los sectores servicios y comercio tenían una participación aproximada del 51% de la Población Económicamente Activa (PEA), lo que significó un gran cambio en nuestro sistema por incluir a un gran contingente de empleadores y trabajadores al mundo de la SST, con obligaciones concretas para los empleadores en esta materia.



A partir del 30 de marzo de 2007 todos los empleadores deben contar con un sistema de seguridad y salud en el trabajo que garantice no solamente el bienestar de su propio personal, sino también al personal de terceros destacados o desplazados a sus instalaciones o ámbitos de operación. La SST ha venido concentrando los esfuerzos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en adelante “*el MTPE*”, entidad que realiza campañas fiscalizadoras del cumplimiento de las obligaciones en materia de SST, contando inclusive con la presencia de la propia titular del portafolio en la dirección de las diligencias, especialmente cuando tal visita se motivó en un accidente que provocó un daño grave o fatal a uno o más trabajadores.

El objeto del presente trabajo es analizar, en el marco del Reglamento, las principales implicancias legales que dicho cuerpo normativo suscita en nuestra realidad.

I. MARCO LEGAL

La necesidad de proteger a los trabajadores contra los riesgos que pudieran afectar su salud y seguridad se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, la cual proclama el derecho a la vida y a la seguridad (artículo 3), así como a “condiciones satisfactorias de trabajo” (artículo 23).

Actualmente nuestra Constitución Política de 1993 también fundamenta esta protección cuando señala que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. **A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.** (...).

22. **A la paz, a la tranquilidad**, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

h) **Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física**, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...).

Artículo 7.- Todos tienen derecho **a la protección de su salud**, la del medio familiar y la de la comunidad así como el **deber de contribuir a su promoción y defensa**.

Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un **medio de realización de la persona**.

Artículo 23.- (...)

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la **dignidad del trabajador**” (el resaltado agregado).

De esta manera, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores se fundamenta también en diversos preceptos constitucionales que recogen los derechos de todo individuo a la vida, a su bienestar –no solamente física, sino también emocional–, y a su salud. Y, en el ámbito laboral, entendemos que, cualquier atentado contra los bienes jurídicos antes indicados, vulneraría también el derecho de todo trabajador a su dignidad.

La protección en materia de SST no viene a ser solamente una preocupación del Estado a consecuencia de las disposiciones constitucionales antes indicadas, sino que se ha convertido también en puntos de negociación en los tratados de libre comercio que el Estado comenzó a suscribir desde hace unos años atrás; específicamente en el caso del TLC con los Estados Unidos de Norteamérica, el Perú asumió el compromiso de cumplir con el derecho de los trabajadores a condiciones aceptables de trabajo respecto a seguridad y salud ocupacionales.

El 29 de setiembre de 2005 se publica el Reglamento⁽⁴⁾, el cual, tal como lo hemos señalado líneas arriba imponía a todos los empleadores la obligación de cumplir sus normas de seguridad y salud en el trabajo.

(4) No obstante que el Estado ha demostrado a través de la aprobación de este Reglamento su preocupación por la SST, todavía no ha ratificado el Convenio 155 OIT, Convenio sobre Seguridad y Salud de los trabajadores del año 1981.

El Reglamento otorgó a los empleadores un plazo de 18 meses para su implementación, los cuales vencieron el 30 de marzo de 2007. Sin embargo, el Reglamento ha diferido su vigencia en los supuestos siguientes:

- Funcionamiento del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, adecuación del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo o su elaboración en el caso de sectores que no contaban con estos documentos: estas obligaciones rigieron desde el 1 de octubre de 2007.
- Obligación del empleador de realizar auditorías periódicas para la verificación del funcionamiento del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo: será exigible a partir del 1 de enero de 2012, salvo en el caso de las actividades fiscalizadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y los Gobiernos Regionales correspondientes.
- Obligación del empleador de practicar exámenes médicos en base a las funciones desempeñadas por el trabajador y de implementar el Registro de Enfermedades Ocupacionales y el de Exámenes Médicos Ocupacionales: estas obligaciones rigen para las empresas en el momento que se aprueben los siguientes instrumentos:
 - i) Las Guías de diagnóstico para exámenes médicos obligatorios por actividad.
 - ii) Los Protocolos de exámenes médicos ocupacionales.
 - iii) La regulación de los exámenes médicos en contratos temporales de corta duración.

Los exámenes médicos establecidos en normas sectoriales mantienen su vigencia y son exigibles ante la Autoridad Competente.

- Registro de Monitoreo de Agentes y Factores de Riesgo Ergonómico: vigente a partir del 30 de noviembre de 2008, fecha de la aprobación de la Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico (Resolución Ministerial N° 375-2008-TR)

De otro lado, dado que ya existía determinados sectores productivos que, contaban con una reglamentación específica sobre la materia, el Reglamento dispuso la continuación de su vigencia en la medida que no sean incompatibles con el Reglamento, prevaleciendo las disposiciones de las normas sectoriales si estas últimas fueran más protectoras para el trabajador⁽⁵⁾. De esta manera, en la relación entre una

(5) Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento.- “En la medida que lo previsto por los respectivos reglamentos de los diferentes sectores económicos no sean incompatibles con lo previsto con lo dispuesto por el presente Reglamento, esas disposiciones continuarán vigentes. En todo caso, cuando los reglamentos mencionados establezcan obligaciones y derechos superiores a los contenidos en este Reglamento, aquellas prevalecerán sobre las disposiciones de este”.

norma sectorial y el Reglamento, debe tenerse presente que si existe una colisión entre ambos, prevalece el Reglamento; sin embargo, si el primero fuera más favorable para el trabajador, se aplicará aquel. Además, si ambas normas son compatibles entre sí, podrán aplicarse conjuntamente.

En el Perú los sectores económicos que cuentan con regulación especial en materia de seguridad y salud en el trabajo son los siguientes:

- Minería (Decreto Supremo N° 046-2001-EM⁽⁶⁾)
- Electricidad (Resolución Ministerial N° 161-2007-MEM-DM)
- Construcción Civil (Resolución Ministerial N° 427-2001-MTC/15.04, Norma Técnica de Edificación E. 120)
- Hidrocarburos (Decreto Supremo N° 043-2007-EM)
- Estiba terrestre (Ley N° 29088)
- Puertos (Convenio 152 OIT y Recomendación 160, ambos aprobados por el Perú)
- Industria (Decreto Supremo N° 42-F)

II. BASES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO REGULADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 009-2005-TR

En los Principios contenidos en el Título Preliminar del Reglamento se resumen las bases del Sistema de SST, destacándose en primer lugar su finalidad protectora⁽⁷⁾ “para que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable”. Este principio se sustenta en el derecho constitucional de los trabajadores a gozar de un trabajo digno, pues no solamente es fundamento del bienestar social sino un medio de realización del trabajador como persona en todos sus ámbitos. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que las normas en materia de SST no se limitan a proteger la integridad física de los trabajadores, sino también promueven su bienestar mental y social.

(6) La referida norma quedará sin efecto a partir del 1 de enero de 2011, con la entrada en vigencia del “Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y otras medidas complementarias en minería”, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

(7) “I. Principio de Protección: Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social. Dichas condiciones deberán propender a:

- a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.
- b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales del trabajador”.

Cabe recordar que el nacimiento del Derecho del Trabajo, en la época de la Revolución Industrial, surge como un medio de protección contra aquellas condiciones de trabajo que afectaban gravemente la salud y la seguridad de la clase obrera⁽⁸⁾.

Para cumplir la finalidad protectora es esencial la prevención⁽⁹⁾, pues es a través de esta última que se logrará la primera, asumiendo el empleador la responsabilidad esencial en garantizar la seguridad y salud en su centro de trabajo⁽¹⁰⁾. Como elemento importante de la obligación de prevención se encuentra el deber del empleador de informar verazmente y capacitar a sus trabajadores respecto a las funciones que comprende su puesto de trabajo, especialmente en aquello que entraña riesgo para el trabajador y su familia.⁽¹¹⁾

Una de las características del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo creado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR es que se fundamenta en la coparticipación del empleador y de los trabajadores en desarrollar un ambiente de trabajo seguro. El Estado, por su lado, se encarga de emitir las políticas generales que deberá guiar el marco normativo en esta materia, así como fiscalizar el cumplimiento de las mismas⁽¹²⁾.

(8) “De esta manera, en la práctica, la libertad de contratación no era tal, teniendo que aceptar el trabajador las condiciones impuestas por el empresario, debiendo elegir entre estas o el paro. La libertad de contratación se tradujo en una explotación intensiva de la fuerza de trabajo: jornadas de trabajo de larga duración, bajos salarios, pésimas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, absoluta inestabilidad en el empleo, abusiva utilización de la mano de obra infantil y femenina, truck system o sistema de pago con vales a canjear en establecimientos del propio empresario y una disciplina de taller rigurosa. Condiciones de trabajo que se correspondían con unas condiciones de vida similares: casa-habitación mísera y promiscuidad total, aglomeración en suburbios, riesgo de todo tipo de accidentes y enfermedades, vejez sin cubrir a no ser por el imposible ahorro privado o por la beneficencia y un índice altísimo de mortalidad obrera y de inválidos, tal como ponen de manifiesto los informes acerca de la situación social de los trabajadores de la época”.. ALBIOL MONTESINOS, Tomás, CAMPS RUIZ, Luis, y otros. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p.44.

“Las terribles consecuencias del maquinismo y de la exaltación capitalista de los principios liberales habrían de conducir, por lo demás, a negros resultados: jornadas de trabajo agotadoras (“de sol a sol”), salarios de hambre (sin otro límite que la subsistencia física del trabajador que permitiera la reproducción de la fuerza de trabajo), condiciones laborales precarias y ambientes nocivos en insalubres; explotación cualificada del trabajo de la mujer y de los menores (las llamadas “medias fuerzas”), respecto de los que se agravaban de modo especial las misérrimas condiciones generales (...)”. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho de Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1995, p.57.

(9) “II. Principio de Prevención: El empleador garantizará, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores”.

(10) “III. Principio de Responsabilidad: El empleador asumirá las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole, como consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes”.

(11) Principios V (Información y Capacitación) y IX (Veracidad) del Título Preliminar del Reglamento.

(12) “IV. Principio de Cooperación: El Estado, los empleadores y los trabajadores y sus organizaciones sindicales establecerán mecanismos que garanticen una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

En conclusión, el Sistema de SST tiene como base principal la obligación de protección del trabajador, para lo cual el empleador debe tomar todas las medidas de prevención necesarias, con derecho del trabajador a participar en los procedimientos que integran el Sistema.

III. ROL DEL ESTADO Y OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

Como hemos visto líneas arriba, el Estado debe garantizar que la relación laboral se desarrolle en un ambiente seguro. Ello se logra a través de la elaboración de políticas y normas que regulen la SST, así como velando por el cumplimiento de aquellas.

Sin embargo, dado que la protección del trabajador en materia de SST constituye una tarea multidisciplinaria, pues involucra aspectos laborales, de salud y otras áreas, es requisito esencial que la política estatal prevea la coordinación entre las diversas entidades intervinientes, dado que si las competencias administrativas se encuentran desperdigadas entre más de una entidad, la actuación de la Administración sería errática, generando confusión entre los administrados. Tal como lo señala GONZÁLEZ-POSADA, “La coordinación de las distintas Administraciones Públicas competentes constituye un presupuesto esencial en el desarrollo de la política preventiva. Conjugar las actividades, evita la duplicación de esfuerzos y actuaciones divergentes o contradictorias (...)”⁽¹³⁾. Es así también que el artículo 7 del Reglamento prevé también la necesidad de esta coordinación⁽¹⁴⁾.

La actuación coordinada de las diversas entidades públicas no solamente beneficia al Estado, pues estará utilizando los recursos públicos de manera eficiente, sino también a los destinatarios directos de sus políticas en materia de SST –trabajadores y empleadores–. En el caso de los trabajadores, estos podrán identificar a la entidad a la que podrán acudir ante una eventual contingencia, reclamo o consulta en materia de SST y contar con la seguridad que esta entidad actuará de inmediato ante su solicitud, considerando que obviamente en requerimientos de esta naturaleza la respuesta oportuna de la Administración es imprescindible.

De otro lado, el hecho que todas las entidades administrativas actúen de manera coordinada también beneficia a los empleadores, pues tendrán claro cuáles son las normas aplicables a su actividad empresarial u objeto social y qué entidad es la competente que los fiscalizará, siendo ello una de las variables que se analizan al

(13) GONZALEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías. “La política de prevención de riesgos laborales”. En: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. La Ley - Actualidad S.A. Madrid, 1997, pp. 21-22.

(14) Artículo 7.- Las entidades competentes en materia laboral, sanitaria, de producción y las demás vinculadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, coordinarán sus actuaciones para la elaboración de normas preventivas y el control de su cumplimiento; la promoción de la salud, así como la prevención, la investigación y la vigilancia epidemiológica sobre riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, para asegurar una eficaz protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

momento de decidir sobre la inversión en un determinado país, pues, como veremos más adelante, si cumplen a cabalidad con todas las obligaciones de seguridad que le sean aplicables de acuerdo a su actividad económica, implicará que actúan de manera diligente y, por lo tanto, salvo dolo o culpa inexcusable, no serán responsables ante la ocurrencia de un accidente o una enfermedad relacionada con el trabajo.

En nuestro caso, las entidades competentes en materia de SST varían en función del sector económico al que pertenezca el empleador. En el cuadro siguiente se puede apreciar las entidades competentes según cada sector económico:

Entidad	Sector
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ¹⁵	<ul style="list-style-type: none"> - Construcción - Agricultura - Transporte - Comercio - Industria - Servicios
Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)	<ul style="list-style-type: none"> - Minería - Electricidad - Hidrocarburos - Gas

Ahora bien, las funciones que el Reglamento asigna de manera general, sin perjuicio de aquellas atribuidas mediante leyes especiales, a dichas entidades son las siguientes:

- Promoción de una cultura de prevención de riesgos laborales;
- Brindar asesoría, asistencia y cooperación técnica en SST;
- Desarrollo de actividades de capacitación, formación e investigación en SST;
- Fomento y garantía de la difusión e información en SST;
- Seguimiento de acciones preventivas en SST que realicen los empleadores;

(15) Ley 28806. 34.2 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es el encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las leyes de la materia y convenios colectivos, determinar la comisión de infracciones de carácter general en materia de seguridad y salud en el trabajo aplicables a todos los centros de trabajo, así como las infracciones de seguridad y salud en el trabajo para la industria y la construcción a que se refiere el presente Título, sin perjuicio de la supervisión de la normatividad específica que es competencia de otros Ministerios o entidades públicas.

- Control del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; y,
- Sanción en caso de incumplimiento de dicha normativa.

De otro lado, el Reglamento designa al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), así como al Ministerio de Salud, como organismos suprasedimentales en la prevención de riesgos en materia de SST, debiendo todas las entidades coordinar con el Ministerio respectivo las acciones correspondientes.⁽¹⁶⁾

A tal efecto le asigna las atribuciones siguientes⁽¹⁷⁾:

- Verificación del cumplimiento de las normas de SST, que comprenda la prevención de riesgos, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, tal como lo prevé también el artículo 34.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo.
- Establecimiento y fomento de los procedimientos de supervisión, control e inspección, promoviendo la integración de los mecanismos de inspección en materia de SST;
- Conducción y ejecución de las acciones en materia de SST, concertando con otras instituciones públicas y privadas, así como con organizaciones representativas de trabajadores y empleadores, a efectos de hacer cumplir las normas de prevención y protección contra los riesgos ocupacionales que aseguran la salud de los trabajadores y el mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo;
- Coordinación de programas y acciones de inspección en materia de SST con otros Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales;
- Coordinación de programas y acciones de educación y divulgación sobre SST en los diferentes sectores laborales en coordinación con otros Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales;
- Informar, en los casos que corresponda, a otras entidades públicas del incumplimiento de las normas vigentes establecidas en el procedimiento de inspección; y,
- Realización de estudios especializados, proposición de normas, aprobación de reglamentos y procedimientos de prevención y control de riesgos ocupacionales para la prevención de los riesgos laborales. A tal efecto coordinará con el Ministerio de Salud y los sectores competentes.

(16) Artículo 8 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

(17) Artículo 10 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

Como órgano rector en materia de salud humana, se mantiene el Ministerio de Salud, que se encarga de⁽¹⁸⁾:

- El establecimiento de normas y medios adecuados para el desarrollo, evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario en salud ocupacional que se realicen en los centros de trabajo por los servicios de prevención. A tal efecto coordinará con el MTPE;
- El establecimiento de sistemas de vigilancia e información sobre riesgos y daños en la salud ocupacional, la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de condiciones de riesgo y de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como el intercambio de información con las entidades vinculadas en materia de SST;
- La orientación y supervisión de la formación en materia de prevención y promoción de la salud de los trabajadores para el personal sanitario que actúan en los servicios de prevención autorizados;
- La elaboración y divulgación de estudios e investigaciones relacionados con la salud de los trabajadores; entre otros que la ley les encargue.

IV. SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Cada empleador debe organizar su propio Sistema de Gestión de SST en función de lo establecido por el Reglamento. Dicho Sistema se estructura en las etapas siguientes:

- I. Organización
 - II. Planificación y Aplicación
 - III. Evaluación
 - IV. Mejora Continua
- I. Organización.-** Como responsable por el manejo del Sistema de SST, la obligación del empleador es liderar y por ende organizar dicho Sistema, para lo cual debe cumplir con lo siguiente:
- Definir los requisitos necesarios que cada ocupante de un puesto de trabajo debe reunir, que supone que cada trabajador se encuentre capacitado y entrenado para desempeñar sus funciones correspondientes a su puesto de trabajo.

(18) Artículo 9 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

- Implementar los diversos registros que señala el Reglamento;⁽¹⁹⁾
- Si la empresa tiene 25 o más trabajadores, debe contar con un Comité de SST y su Reglamento Interno de SST; si tiene menos trabajadores, debe capacitar y nombrar al menos un Supervisor de SST;
- Capacitar al personal en SST;
- Velar por el cumplimiento del Reglamento Interno de SST; y,
- Elaborar un Mapa de Riesgos del centro de trabajo y exhibirlo en un lugar visible. Este documento contiene un plano de las condiciones de trabajo, que puede utilizar diversas técnicas para identificar y localizar los problemas y las propias acciones de promoción y protección de la salud de los trabajadores a nivel de una empresa o servicio⁽²⁰⁾. Obviamente se trata de un documento que debe ser actualizado de manera permanente.

Cabe señalar que el Comité de SST es un órgano vital al interior de cada empresa, pues por estar compuesto tanto por representantes del empleador como de los trabajadores, permite conjugar posiciones en aras de un interés común que es la seguridad de todos. Entre las funciones⁽²¹⁾ del Comité se encuentran las siguientes:

- a) Hacer cumplir las normas en materia de SST;
- b) Realizar inspecciones periódicas en materia de SST;
- c) Aprobar el Reglamento Interno de SST;
- d) Analizar los incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales, emitiendo recomendaciones sobre el particular.

II. Planificación y Aplicación.- Esta etapa parte de realizar un diagnóstico inicial de la situación de la SST en el empleador, lo que servirá de base para planificar el sistema correspondiente, considerando no solamente la naturaleza de las actividades que desarrolla el empleador, sino también las competencias o características de los trabajadores que ocupan los puestos de trabajo⁽²²⁾.

(19) De accidentes de trabajo e incidentes; enfermedades ocupacionales; exámenes médicos ocupacionales; monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos y factores de riesgo ergonómicos; inspecciones internas de SST; estadísticas de SST; equipos de seguridad o emergencia; inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.

(20) Definición contenida en el Glosario de Términos del Reglamento.

(21) Artículo 20 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

(22) "Se ha de llevar a cabo para realizar una adecuada planificación de la prevención empresarial, extendiéndose a cada uno de los puestos de trabajo de la empresa en que concurran riesgos teniendo en cuenta las condiciones de trabajo existentes o previstas (análisis objetivo) y la posibilidad de que el trabajador que vaya a desempeñar su labor en ese puesto de trabajo posea unas características singulares como, por ejemplo, que sea especialmente sensible, o que presente un estado biológico conocido (art.4.1.a) y b) del RSP) (análisis subjetivo), lo que supone, en suma, que si se quieren evitar los riesgos que existen en cada

III. Evaluación.- Como todo proceso, el de SST requiere también de una auto-fiscalización, que comprende la realización de auditorías, que tiene como finalidad la identificación de las deficiencias del Sistema para adoptar las medidas correctivas correspondientes.⁽²³⁾

IV. Mejora Continua.- El Sistema de Gestión de la SST debe ser formulado de tal manera que sea constantemente retroalimentado con evaluaciones periódicas para corregir las deficiencias, adaptarse a cambios normativos, recomendaciones del Comité de SST, desarrollo de nuevos sistemas, así como cualquier otro aspecto que tienda a mejorar la protección de los trabajadores en materia de SST.

V. OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES

El compromiso de los empleadores de mantener centros de trabajo en los cuales los servicios sean prestados en condiciones seguras, no solamente puede provenir de las normas actualmente vigentes en el país.

Cabe recordar que con la globalización y la apertura comercial se instalaron en nuestro país sucursales o subsidiarias de conglomerados empresariales internacionales. Tal como señalamos en un trabajo anterior, la presencia de estos grupos de empresas internacionales se asientan en nuestro país “bajo un esquema vertical, es decir, una de las empresas participantes, generalmente la casa matriz con sede en el extranjero, ostenta el poder de dirección y de control respecto de las demás empresas del grupo. De esta manera, las entidades locales (...) carecen de autonomía de actuación, pues en el ejercicio de sus actividades la toma de decisiones proviene de su casa matriz extranjera”⁽²⁴⁾. Es así que en estos casos es la entidad local la que se convierte en receptora de las instrucciones de la casa matriz, la que imparte todas las políticas que deben guiar a sus diversas entidades en todas las jurisdicciones, siendo una de estas políticas la relacionada a la SST. En esa medida, en el caso de empresas conformantes de un grupo empresarial multinacional, la necesidad de cumplir con sus obligaciones en materia de SST puede de provenir de las propias políticas internas del grupo.

De otro lado, los requerimientos del comercio internacional han generado que empresas locales, proveedoras de bienes o servicios de empresas multinacionales,

puesto de trabajo se han de conocer debidamente con carácter previo para así actuar la actividad preventive empresarial”. SALCEDO BELTRAN, Ma Carmen. El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. p.51

(23) Artículo 30.- La supervisión debe permitir:

a) Identificar las fallas o deficiencias en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
b) Adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo.

(24) TSUBOYAMA SHIOHAMA, Liliانا. “Desplazamiento de Trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales”. En: *Laborem* - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°08, Año 2008, p. 242.

ajusten sus políticas internas de recursos humanos incluidas las de seguridad y salud en el trabajo, entre otros aspectos, a las directrices de las empresas a las que les brindan estos servicios. Es decir, las firmas internacionales que adquieren los productos, como parte de su responsabilidad social empresarial, generan una cadena de cumplimientos laborales y exigen a sus proveedores determinados standards de conducta como empleadores, sancionándolos con concluir la relación comercial que los vincula en caso de infracción a estas directivas. De esta manera, por satisfacer este requerimiento comercial, muchas empresas locales se comprometen a cumplir con determinados patrones de conducta vinculados a la SST.

Aun cuando el Capítulo 1 del Título IV del Reglamento se denomine “Derechos y Obligaciones de los Empleadores”, en realidad esta sección únicamente contiene obligaciones para los empleadores, lo cual no significa que tengan derechos en materia de SST, dado que estos continúan siendo titulares de las facultades propias de todo empleador –directriz, fiscalizadora, sancionadora–. Específicamente también gozarán de la facultad de exigir a los trabajadores el cumplimiento de sus obligaciones en materia de SST, las cuales se encuentran expresamente contenidas en el Reglamento, sin perjuicio de aquellas previstas en el Reglamento Interno de SST o en sus contratos de trabajo.

La obligación principal del empleador en materia de SST es la protección del trabajador y de ella derivan los numerosos deberes contenidos en el Reglamento. A continuación les presentamos una clasificación de las obligaciones:

Obligación esencial	Protección del trabajador
Obligaciones en cuanto a la organización y a la política interna en materia de SST	<ul style="list-style-type: none"> - Actitud: liderazgo y compromiso - Acciones permanentes para perfeccionar niveles de protección. Incluye auditorías periódicas. - Contar con un Plan Integral de SST. Integración de planes de prevención con los nuevos conocimientos de las ciencias, tecnologías, medio ambiente, organización del trabajo, evaluación de desempeño, de acuerdo a las condiciones de trabajo. - Políticas de prevención colectiva e individual. - Elaborar un Mapa de Riesgos. Actualización anual de la evaluación de riesgos. - Contar con un Comité de SST o con un Supervisor de SST, según corresponda. - Velar por el cumplimiento del Reglamento Interno de SST.
Obligaciones en cuanto a capacitación	<ul style="list-style-type: none"> - Capacitación anticipada y adecuada de todos los trabajadores. - Asignación de labores en función a las competencias de los trabajadores en materia de SST. - Informar a los trabajadores sobre los riesgos del centro de trabajo y del puesto a desarrollar, así como las medidas para prevenir tales riesgos.

Obligaciones relacionadas a la prestación de los servicios	<ul style="list-style-type: none"> - Diseño de puestos de trabajo, ambientes de trabajo, métodos de trabajo y selección de equipos orientados a garantizar la SST. - Atenuación del trabajo monótono.
Obligaciones relacionadas al estado de salud de los trabajadores	<ul style="list-style-type: none"> - Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral, acordes con los riesgos a los que estén expuestos en sus puestos de trabajo⁽²⁵⁾.
Obligaciones en cuanto a situaciones riesgosas	<ul style="list-style-type: none"> - Gestionar riesgos: eliminarlos; de no ser posible, aplicar sistemas para su control. - Eliminar situaciones y agentes peligrosos; de no ser posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro. - Prevenir para que la exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores. - Proporcionar equipos de protección adecuados según el tipo de trabajo y los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores. - Verificar el uso efectivo de los equipos de protección. - Establecer medidas de interrupción de actividades o abandono del centro de trabajo en caso de peligro inminente para la SST.
Obligaciones en cuanto a incidentes	<ul style="list-style-type: none"> - Investigar las causas y tomar las medidas correspondientes.
Obligaciones en cuanto a reportes a las autoridades o terceros	<ul style="list-style-type: none"> - Informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre daños a la salud de los trabajadores.
Obligaciones en cuanto a registros	<p>De accidentes de trabajo e incidentes; enfermedades ocupacionales; exámenes médicos ocupacionales; monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos y factores de riesgo ergonómicos; inspecciones internas de SST; estadísticas de SST; equipos de seguridad o emergencia; inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.</p>

Adicionalmente a estas obligaciones, el Reglamento prevé una protección especial en determinadas situaciones, así como obligaciones específicas respecto de personal de terceros que abordaremos a continuación.

VI. CASOS ESPECIALES DE PROTECCIÓN PREVISTOS EN EL REGLAMENTO

a) Funciones de procreación de los trabajadores

El artículo 56 del Reglamento establece que en la evaluación del plan de prevención de riesgos debe considerarse aquellos que pudieran afectar las funciones de procreación de los trabajadores, debido a la exposición a los

(25) Cabe señalar que esta obligación, dentro del ámbito de las empresas reguladas bajo el Reglamento, no se encuentran aún vigentes, en la medida que aun no se han aprobado los instrumentos respectivos que contengan las pautas para la evaluación.

agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales. En todo caso, el empleador está obligado a adoptar las medidas respectivas.

Entendemos que el objeto de protección de la norma son todos aquellos trabajadores que se encuentran en capacidad reproductiva y tiene como finalidad evitar su esterilización o la afectación a sus futuros hijos. Sin embargo, consideramos innecesaria la inclusión de esta norma pues a la larga la afectación a la capacidad reproductiva a las personas viene a ser también una afectación a su salud y, por lo tanto, la facultad reproductiva se entiende comprendida en el ámbito de protección general de la SST.

b) Protección a trabajadoras gestantes o en periodo de lactancia

El artículo 57 del Reglamento obliga a los empleadores a adoptar medidas para evitar la exposición de las trabajadoras gestantes o en periodo de lactancia a labores peligrosas. Esta norma concuerda con lo establecido en la Ley N° 28048, promulgada el 30 de julio de 2003, que otorga a las trabajadoras gestantes el derecho de solicitar al empleador no realizar actividades que pongan en peligro su salud o el desarrollo normal del embrión y el feto.

El Reglamento de la Ley N° 28048, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2004-TR del 20 de julio de 2004, va más allá en la protección a la trabajadora gestante, pues no se circunscribe a protegerla de la exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, sino también comprende la protección a la trabajadora gestante por los cambios físicos que atraviesa su organismo con motivo del embarazo y que afecta el cumplimiento de sus labores ordinarias, aun cuando estas no impliquen la exposición a agentes peligrosos.

La solicitud de la trabajadora debe ser respaldada por el certificado médico correspondiente.

En este caso, la ley impone al empleador la obligación de reasignar a la trabajadora gestante otro tipo de labores que no afecten su embarazo ni el desarrollo del embrión o feto. A tal efecto, el artículo 9 del Decreto Supremo N° 009-2004-TR señala las pautas para la reasignación de funciones de la trabajadora gestante. En primer lugar, el empleador debe tratar de mantener a la trabajadora en su puesto de trabajo, para lo cual adaptará sus condiciones de trabajo para evitar o eliminar los riesgos existentes; en segundo lugar, de no ser ello posible, el empleador debe cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo dentro de su misma categoría; por último, si esto tampoco fuera factible la trabajadora podrá ser reubicada a otro puesto de trabajo de inferior o superior categoría ocupacional.

Sin perjuicio de ello, si no fuera posible reubicación alguna, el Decreto Supremo N° 009-2004-TR deja a la autonomía colectiva la posibilidad de acordar,

en estos casos, suspensiones imperfectas de labores, es decir, mediando pago de un monto mensual por parte del empleador, por una cantidad no menor de lo que le hubiese correspondido a la trabajadora como subsidio por incapacidad temporal. Sin embargo, ¿era necesario incluir una norma de esta naturaleza? No lo consideramos así, toda vez que tanto mediante convenio colectivo o individual puede preverse un tratamiento similar, aun cuando no haya sido previsto en la norma.

¿Y qué sucede en aquellos casos en los cuales el convenio colectivo o individual no ha previsto dicha suspensión? En la práctica, al no existir una norma que autorice la suspensión perfecta de labores en estas situaciones, al no configurar tampoco una incapacidad temporal, el empleador que no cuente con un puesto de trabajo adecuado para la trabajadora deberá suspender de facto la relación laboral mediante el pago de una compensación, para evitar cualquier daño a la gestante. Por tal motivo, consideramos que lo que acontecerá en estos casos es que el empleador tratará en lo posible de reubicar a la trabajadora al interior de la empresa para evitar asumir dicho costo laboral.

El cambio de funciones de la trabajadora no debe afectar sus derechos laborales, económicos o profesionales. Es decir, aun cuando el cambio de puesto de trabajo implique una rebaja de categoría, el artículo 10 del Decreto Supremo N° 009-2004-TR prescribe que ello no debe conllevar una reducción de la remuneración; sin embargo, si el cambio de puesto de trabajo corresponde a una categoría superior, la trabajadora recibirá los mayores derechos que el nuevo cargo conlleva, mientras dure la reasignación.

Si bien es cierto el Decreto Supremo N° 009-2004-TR especifica que la modificación temporal de las condiciones de trabajo finaliza con el parto de la trabajadora y que las partes puedan acordar la prórroga de dicha situación durante el periodo de lactancia, entendemos que, en virtud del Reglamento de SST, aprobado posteriormente, esta prórroga debe producirse de todas maneras durante el periodo de lactancia en la medida que persista la exposición de la trabajadora a condiciones peligrosas que pudiera afectar la lactancia.

c) Protección a trabajadores adolescentes

Según el Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se considera adolescente a las personas desde los 12 hasta los 18 años de edad, quienes se encuentran bajo una protección especial conforme lo establece el artículo 23 de la Constitución⁽²⁶⁾. El artículo 51 del Código de los Niños y Adolescentes impone restricciones para el trabajo de los adolescentes en lo

(26) **Artículo 23.-** El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

que se refiere a la edad requerida para trabajar, en función del tipo de actividades a realizar, la jornada de trabajo y el trabajo nocturno.⁽²⁷⁾

Además, el artículo 58 del Código expresamente prohíbe que los adolescentes laboren en el subsuelo, manipulando pesos excesivos o sustancias tóxicas y en general en aquellas actividades en las sea el responsable de su propia seguridad o la de terceros. Mediante Decreto Supremo N° 003-2010-MI-MDES se ha aprobado la Relación de Trabajos y Actividades Peligrosos o Nocivos para la Salud Física o Moral de los Adolescentes.

Ahora bien, además de las disposiciones antes indicadas, los empleadores deben cumplir con lo señalado en el Reglamento de SST, el cual contiene las siguientes obligaciones y limitaciones en relación al trabajo de adolescentes:

- i) *No emplear adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas, que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental*⁽²⁸⁾. - Al respecto debemos entender que, aun cuando la actividad a ser desarrollada por el trabajador adolescente no tenga la característica de insalubre o peligrosa, en la medida que afecte su normal desarrollo físico y mental, no debe ser ocupado en tal labor.
- ii) *Evaluar los puestos de trabajo a ser desempeñados por adolescentes para determinar la naturaleza, el grado y la duración de exposición al riesgo*⁽²⁹⁾. - Esta evaluación tiene la finalidad de sentar las bases para la toma de las medidas preventivas necesarias. En nuestra opinión, estamos ante una norma reiterativa, pues la evaluación de los riesgos que entrañan los

(27) **Artículo 51.-** Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades

Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:

- a) Quince años para labores agrícolas no industriales;
- b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras; y,
- c) Diecisiete años para labores de pesca industrial.

2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos”.

Artículo 56.- Jornada de trabajo.-

El trabajo del adolescente entre los doce y catorce años no excederá de cuatro horas diarias ni de veinticuatro horas semanales. El trabajo del adolescente, entre los quince y diecisiete años no excederá de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales.

Artículo 57.- Trabajo nocturno.-

Se entiende por trabajo nocturno el que se realiza entre las 19.00 y las 7.00 horas. El Juez podrá autorizar excepcionalmente el trabajo nocturno de adolescentes a partir de los quince hasta que cumplan los dieciocho años, siempre que este no exceda de cuatro horas diarias. Fuera de esta autorización queda prohibido el trabajo nocturno de los adolescentes.

(28) Artículo 58 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

(29) Artículo 59 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

puestos de trabajo y la aplicación de medidas deben ser realizados por el empleador en todos los casos, no solamente cuando dichos puestos sean ocupados por adolescentes.

iii) *Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral*⁽³⁰⁾. - Al igual que el caso anterior, la realización de exámenes médicos constituye una obligación que el empleador debe practicar a todos los trabajadores, conforme lo prescribe el literal d) del artículo 39 del Reglamento, por lo que no entendemos la redundancia en el caso de los trabajadores adolescentes.

d) Trabajadores con discapacidad

El artículo 55 requiere al empleador a tomar especial atención en caso determinados puestos de trabajo vayan a ser ocupados con personas con discapacidad. Sobre el particular igualmente resulta reiterativa esta norma, toda vez que el empleador, conforme al Reglamento, se encuentra obligado a considerar esta circunstancia en la aplicación de medidas de SST.

VI. PROTECCIÓN A TRABAJADORES DESTACADOS O DESPLAZADOS POR TERCERAS EMPRESAS

De conformidad con el artículo 61 del Reglamento un empleador no solamente tiene la obligación de velar por la seguridad de su propio personal, sino también por el del personal de terceros destacados o desplazados a sus instalaciones:

“Artículo 61.- El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores; o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

- a) La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales;
- b) La seguridad y salud de los trabajadores; y,
- c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Asimismo, el empleador vigilará el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que

(30) Artículo 60 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal”.

La responsabilidad del empleador que es titular del centro de trabajo donde trabajadores de terceros desempeñan sus labores, respecto de la seguridad y salud de aquellos, es un denominador común en muchas normas sectoriales –por ejemplo, la actividad minera– y también en la específica en materia de SST y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, como veremos más adelante.

Como consecuencia de los procesos de descentralización productiva, muchas empresas optan por contratar servicios de terceros para el cumplimiento de sus fines. De tratarse de la contratación de servicios temporales⁽³¹⁾, complementarios⁽³²⁾ o complementarios especializados, la contratación se efectúa a través de entidades de intermediación laboral.

De otro lado, si el empleador “encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras” los servicios se contratan bajo la modalidad de tercerización, la cual puede implicar un desplazamiento continuo o discontinuo de personal a la entidad contratante de los servicios. Tanto para el caso de la tercerización como de la intermediación laboral existe requisitos indispensables que deben ser cumplidos, pues de lo contrario se puede producir la desnaturalización de dichas contrataciones, generándose el reconocimiento de una relación laboral directa entre la organización que contrató los servicios y el personal desplazado o destacado por empresas de tercerización o intermediación, respectivamente. Generalmente se produce la desnaturalización cuando se evidencia que esta forma de contratación pretende evitar una contratación directa del personal por parte de la entidad contratante.

Ahora bien, debe tenerse presente que en este último supuesto de desnaturalización la entidad que contrata los servicios de una empresa tercerizadora o intermediadora, al ser considerado el verdadero empleador del personal indebidamente desplazado o destacado, asume las responsabilidades por ese hecho en materia de beneficios laborales de dicho personal, sino también en lo que a seguridad y salud se refiere.

(31) La contratación de servicios de intermediación laboral de naturaleza temporal implica el “destaque de (...) trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

(32) Decreto Supremo 003-2002-TR
Artículo 1.- Actividad complementaria: Constituye actividad complementaria de la empresa usuaria aquella que es 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”.

Sin embargo, el caso previsto en el artículo 61 es distinto, pues parte del supuesto en que, existiendo una intermediación laboral o tercerización de servicios llevadas a cabo conforme a ley, el empleador que contrata tales servicios es responsable por garantizar la seguridad y salud del personal de aquellas empresas asignado al servicio. Teniendo claro este aspecto pasemos a analizar el artículo 61 del Reglamento.

El supuesto contenido en el artículo 61 se circunscribe al empleador “en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas (...)”.

La primera observación es que el concepto de “instalaciones” del empleador debe ser entendido de una manera amplia que abarque además a aquellos lugares donde el empleador realiza sus operaciones fuera de sus propias instalaciones. La distinción entre “centro de trabajo” y “centro de operaciones” fue introducida por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización. En tal sentido, instalaciones del empleador debe interpretarse como que incluye al concepto de centro de operaciones.

La segunda observación está en la exigencia que el personal propio del empleador y el de las terceras empresas necesariamente deben trabajar de manera conjunta. Al respecto cabe recordar que, en el caso de la tercerización de servicios, se prevé el encargo integral de una parte del proceso productivo, el cual se puede llevar a cabo en instalaciones del empleador sin contar con la presencia de personal propio de este. Tal es el caso por ejemplo del encargo a un tercero de la operación integral de una determinada unidad productiva. En este supuesto, somos de la opinión que la entidad contratante titular de la instalación debe ser responsable por velar por el cumplimiento de las normas de seguridad y salud del personal desplazado por terceros a dichas instalaciones, más aun cuando en el párrafo final del artículo bajo comentario se hace referencia al personal de terceros que prestan servicios “en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal”. De esta manera, los trabajadores de terceros asignados a la prestación de servicios de una determinada entidad, sea que el servicio sea prestado en el centro de trabajo o en el ámbito de operaciones de dicha entidad, será esta última la que deberá garantizar su seguridad y salud.

La seguridad y salud de trabajo vigentes en el centro de trabajo o ámbito de operaciones debe proteger por igual al personal propio y al de terceros, conforme lo señala el artículo 70 del Reglamento.

Desde luego que existe diversos mecanismos para efectivizar el cumplimiento de esta obligación, siendo la principal la estipulación de cláusulas contractuales que requieran a las empresas de intermediación o contratistas a velar por la seguridad y salud de su propio personal, responsabilizándose por cualquier omisión o infracción en la materia.

En cuanto a la obligación de la entidad contratante de verificar la contratación de los seguros por parte de los empleadores del personal destacado o desplazado, entendemos que la norma hace referencia básicamente al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)⁽³³⁾. Esta norma concuerda con lo señalado en el artículo 5 de las Normas Técnicas del SCTR que establece que, en caso que de la verificación efectuada se evidencia que el empleador –es decir, la empresa tercerizadora o de intermediación laboral– no ha cumplido con contratar el SCTR a favor de su personal, la entidad contratante debe realizarlo por su cuenta, de lo contrario responde solidariamente con dichos empleadores frente al trabajador afectado y ESSALUD y la Oficina de Normalización Previsional, de haber brindado la cobertura al trabajador afectado.

VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES

Al enumerar y analizar las obligaciones de los empleadores en materia de SST, indirectamente se deducen, de manera refleja, los derechos de los trabajadores de ahí derivados.

Sin perjuicio de ello, a continuación les presentamos un cuadro con los derechos de los trabajadores en materia de SST conforme al Reglamento.

Derecho	
Consulta	Antes de la ejecución de cambios en las operaciones, procesos y en la organización del trabajo, que puedan afectar su SST.
Libre comunicación	Libre comunicación con el inspector de trabajo.
Protección contra actos de hostilidad y cualquier otra medida coercitiva del empleador	Para trabajadores, sus representantes y miembros de comités de SST
Revisión	De programas de capacitación. De factores que afectan su SST.
Participación de los representantes	En la identificación de peligros y evaluación de riesgos; pueden solicitar al empleador el resultado de las evaluaciones y proponer medidas.
Información	Respecto a razones de exámenes de salud ocupacional y, de manera individual, respecto a los resultados de sus evaluaciones de salud.

1. Derecho de participación de los trabajadores

El actual sistema de protección de los trabajadores en materia de SST se estructura en base a la participación conjunta de trabajadores y empleadores en todos

(33) Conforme lo establece el artículo 19 de la Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desarrollan las actividades riesgosas determinadas por las normas vigentes. Este Seguro es de costo del empleador.

los niveles, es decir, en las instancias de la elaboración o implementación de las políticas y al interior del propio centro de trabajo.

Uno de los principios –Principio VIII– que ha inspirado el Reglamento es el de “Consulta y Participación”, mediante el cual se insta al Estado a promover mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas y otros actores sociales para la adopción de mejoras en materia de SST. En esta línea el MTPE debe ejecutar sus acciones en materia de SST en concertación con las organizaciones de trabajadores y empleadores, para cumplir con las normas de prevención y protección contra los riesgos ocupacionales y el mejoramiento de las condiciones laborales.

De otro lado, los trabajadores también tienen una participación más activa como parte del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en cada centro de trabajo, especialmente a través del Comité de SST –en empresas con más de 25 trabajadores–, el cual es constituido con la misma cantidad de representantes de la parte trabajadora y empleadora.⁽³⁴⁾ Los trabajadores eligen a sus propios representantes a través del procedimiento actualmente regulado por la Resolución Ministerial N° 148-2007-TR.

Los representantes de los trabajadores deben ser capacitados por el empleador y, además, deben tener una participación activa en todo aquello que concierne al Comité de SST, especialmente deben reportar cualquier incidente o accidente; participar en las inspecciones de SST, en la investigación de accidentes, en las auditorías internas. Adicionalmente deben proponer o sugerir medidas que tengan como finalidad corregir o mejorar el Sistema de SST en la empresa.

Además, conforme lo establece el artículo 63 del Reglamento, los trabajadores tienen derecho a ser consultados antes de la ejecución de cambios en las operaciones, procesos y en la organización del trabajo, que pueda afectarlos en su seguridad y salud. A falta de acuerdo entre las partes, decide el empleador en uso de su facultad directriz.

Los trabajadores y sus representantes gozan del derecho de revisar los programas de capacitación y entrenamiento, formulando recomendaciones para mejorar la SST (artículo 66 del Reglamento).

Cabe señalar que el Reglamento omite aludir al órgano de representación de los trabajadores por excelencia que es el sindicato; solamente se refiere al sindicato al proclamar el Principio de Cooperación, estableciendo que el Estado, los empleadores y los trabajadores, así como sus organizaciones sindicales, deben establecer mecanismos para garantizar una permanente colaboración y coordinación en

(34) Artículo 18 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

materia de SST. Tampoco se ha hecho mención consecuentemente al papel que la negociación colectiva puede jugar en materia de SST.

No obstante ello, debe entenderse que nada impide para que un sindicato participe en la gestión de la SST en el centro de trabajo o que se incluyan compromisos en esta materia dentro de una convención colectiva de trabajo.

2. Derecho de reubicación en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional

Adicionalmente un derecho importantísimo que otorga el Reglamento a los trabajadores es el de ser reubicados en caso de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional a otro puesto que implique un riesgo menor, “siempre y cuando este exista”, debiendo ser capacitados para ello.⁽³⁵⁾ Respecto a los alcances de la obligación del empleador de reubicar al trabajador afectado por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional existe una discordancia entre la legislación y la jurisprudencia.

Lo que ocurría normalmente ante la imposibilidad de un trabajador de desempeñarse adecuadamente en su puesto de trabajo habitual, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, era su reubicación y, de no ser ello posible, el trabajador podía ser cesado por su empleador basado en la causa justa de despido consistente en la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus funciones, prevista en el literal a) del artículo 23 del Texto Unico Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Debe seguirse un procedimiento previo en el cual la ineptitud debe ser declarada, a solicitud del empleador, por Essalud, el Ministerio de Salud o una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú. Posteriormente se le otorga al trabajador un plazo de 30 días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. De no ser ello posible, el empleador puede cesar al trabajador.

Sin embargo, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6612-2005-PA/TC, se deja sin efecto el artículo 69 del Reglamento y se obliga al empleador, aun cuando no exista otra posición disponible, a reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo en el caso de una invalidez permanente parcial que lo imposibilite para ejercer cabalmente su puesto de trabajo, debiendo asegurarse que en el nuevo puesto no se encuentre expuesto al agente causante de la incapacidad⁽³⁶⁾.

(35) Artículo 69 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

(36) “108. A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin rebaja de remuneración. Dicha obligación tiene como fundamento el deber especial de protección de los derechos fundamentales que se encuentra constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es más, este deber especial de protección goza de una tutela reforzada en el caso de los trabajadores, ya que según el artículo 23 de la Constitución ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Discrepamos con la posición esgrimida por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, pues se está obligando al empleador a que en la práctica cree un puesto de trabajo para un trabajador que no pueda ser reubicado, lo cual consideramos conllevaría a que, de no encontrarse un puesto de trabajo adecuado, el empleador se vea obligado a mantener el contrato de trabajo sin una efectiva prestación de servicios, lo cual afecta la libertad de contratar del empleador. En consecuencia, ante la situación de un trabajador con invalidez parcial permanente, no opera la causal de despido por incapacidad sobrevenida, debiendo necesariamente ser reubicado por su empleador⁽³⁷⁾.

En todo caso, debe tenerse presente que toda reubicación que se realice como consecuencia de una incapacidad permanente parcial del trabajador originada por un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, debe cumplir con los requisitos siguientes:

- i) Que la reubicación no afecte la salud del trabajador;
- ii) Que la reubicación considere las competencias del trabajador;
- iii) Que se capacite al trabajador para la ejecución de sus nuevas funciones;
- iv) Que no se afecte la remuneración del trabajador.⁽³⁸⁾

3. Obligaciones de los trabajadores

De otro lado, el artículo 72 del Reglamento enumera las obligaciones⁽³⁹⁾ que en materia de prevención de riesgos laborales tiene todo trabajador. Tales obligaciones son las siguientes:

- a) Cumplimiento de normas y reglamentos de los programas de SST vigentes en el centro de trabajo y de aquellas instrucciones impartidas por sus superiores jerárquicos directos. Consideramos que debe entenderse que las instrucciones deben acatarse aun cuando no provengan de un superior jerárquico directo, sino de cualquier superior jerárquico competente para ello.

(37) Al respecto, CASTRO, quien señala que “(...) para que proceda la ineptitud sobrevenida como causa justa de despido, la incapacidad tiene que ser determinante para el desempeño de sus tareas, por lo que debe necesariamente existir una innegable vinculación entre dicha incapacidad y las labores que desempeña el trabajador”. CASTRO OTERO, Ignacio. La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente. En: *Laborem* - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°08, Año 2008. p.367.

(38) TSUBOYAMA SHIOHAMA, Liliana. Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia de enfermedad profesional (sentencia recaída en el Expediente N° 02513-2007-PA/TC). En: *Laborem* - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 09, Año 2009, p. 286.

(39) Al respecto, PALOMEQUE LOPEZ, señala que “Así pues corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario”. En *Seguridad y Salud en el trabajo, el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, p.15.

- b) Uso adecuado de los instrumentos y materiales de trabajo, así como de los equipos de protección.
- c) No operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no haya sido autorizado y, de ser el caso, capacitados.
- d) Cooperación y participación en las investigaciones sobre accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales cuando la autoridad competente lo requiera o “cuando a su parecer los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron”. En nuestra opinión el trabajador debe siempre colaborar en una investigación de esta naturaleza, más aun si es llevada a cabo al interior de la propia empresa, por lo que discrepamos con el hecho que esta cooperación solamente sea obligatoria “cuando la autoridad competente lo requiera” o, en los demás casos, cuando sea “a parecer” del trabajador.
- e) Velar por el cuidado integral de su salud física y mental, así como por el de los demás trabajadores que dependan de ellos durante el desarrollo de sus labores.
- f) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa así como a los procesos de rehabilitación integral. Debe tenerse presente que si, el trabajador se niega a realizarse los exámenes médicos puede incurrir en una causal de despido relacionada con su capacidad, prevista en el inciso c) del artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- g) Participación en los organismos paritarios, programas de capacitación y otras actividades para prevenir riesgos laborales.
- h) Comunicar al empleador todo evento o situación que ponga en riesgo su seguridad y salud y las instalaciones físicas del centro de trabajo, debiendo adoptar, de ser el caso, las medidas correctivas respectivas.
- i) Reportar a los representantes de seguridad, de forma inmediata, sobre la ocurrencia de cualquier incidente o accidente de trabajo, entendiéndose por incidente aquellas situaciones en que no ha habido un daño grave en el trabajador.
- j) Concurrir a la capacitación sobre SST.

4. Obligaciones de fabricantes, importadores y proveedores de maquinaria y equipo de trabajo

El Reglamento incorpora en el artículo 62 obligaciones para terceros ajenos a la relación jurídica trabajador-empleador, quienes están a cargo de proveer a este último de las máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo. Estas obligaciones comprenden a los diseñadores, fabricantes, importadores, proveedores y en general a cualquier firma que ceda dichos bienes al empleador⁽⁴⁰⁾.

(40) En el mismo sentido, PALOMEQUE LOPEZ, señala que “los fabricantes, importadores y suministradores de maquinarias, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados en general a asegurar que estos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las

Tales obligaciones son las siguientes:

- a) Los bienes no deben constituir una fuente de peligro ni poner en riesgo la seguridad o salud de los trabajadores.
- b) Proporcionar información y capacitación sobre la instalación, adecuada utilización y mantenimiento preventivo de las maquinarias y equipos.
- c) Proporcionar información y capacitación para el uso apropiado de los materiales peligrosos para tomar las medidas preventivas y monitorear los riesgos.
- d) Las instrucciones, manuales, avisos de peligro u otras medidas de precaución colocadas en los equipos y maquinarias, así como cualquier otra información vinculada a sus productos, estén redactados en idioma castellano y en lenguaje sencillo y preciso.
- e) Las informaciones relativas a dichos bienes deben ser facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos.

VIII. INCUMPLIMIENTO DEL EMPLEADOR

1. Responsabilidad administrativa frente a la autoridad laboral

El incumplimiento de las obligaciones en materia de SST por parte del empleador es sancionado por la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de los procedimientos inspectivos. A mayor ilustración acompañamos un cuadro que detalla las sanciones que corresponden a cada tipo de infracción en materia de SST.

Gravedad de la infracción	Infracción
Leves	La falta de orden y limpieza del centro de trabajo que no implique riesgo para la integridad física y salud de los trabajadores.
	No dar cuenta a la autoridad competente, conforme a lo establecido en las normas de seguridad y salud en el trabajo, de los accidentes de trabajo ocurridos, las enfermedades ocupacionales declaradas e incidentes, cuando tengan la calificación de leves
	No comunicar a la autoridad competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o complementar, siempre que no se trate de una industria calificada de alto riesgo por ser insalubre o nociva, y por los elementos, procesos o materiales peligrosos que manipula.

condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos. Y si además lo son de productos y sustancias químicas de utilización en el trabajo, están obligados de modo especial a envasar y etiquetar los mismos de forma que se permita su conservación y manipulación en condiciones de seguridad o la salud de los trabajadores que su almacenamiento o utilización comporten”. En: *Seguridad y Salud en el trabajo*, Ob. cit., p. 16.

	<p>Los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la prevención de riesgos, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores.</p> <p>Cualquier otro incumplimiento que afecte a obligaciones de carácter formal o documental, exigidas en la normativa de prevención de riesgos y no estén tipificados como graves.</p>
Graves	<p>La falta de orden y limpieza del centro de trabajo que implique riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.</p> <p>No dar cuenta a la autoridad competente, conforme a lo establecido en las normas de seguridad y salud en el trabajo, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades ocupacionales cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales o no llevar a cabo la investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicio que las medidas preventivas son insuficientes.</p> <p>No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de las actividades de los trabajadores o no realizar aquellas actividades de prevención que sean necesarias según los resultados de las evaluaciones.</p> <p>No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores o no comunicar a los trabajadores afectados el resultado de las mismas.</p> <p>No comunicar a la autoridad competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o complementar, siempre que se trate de industria calificada de alto riesgo, por ser insalubre o nociva, y por los elementos, procesos o sustancias que manipulan</p>
	<p>El incumplimiento de las obligaciones de implementar y mantener actualizados los registros o disponer de la documentación que exigen las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.</p>
	<p>El incumplimiento de la obligación de planificar la acción preventiva de riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, así como el incumplimiento de la obligación de elaborar un plan o programa de seguridad y salud en el trabajo.</p>
	<p>No cumplir con las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores y las trabajadoras acerca de los riesgos del puesto de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables.</p>
	<p>Los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en particular en materia de lugares de trabajo, herramientas, máquinas y equipos, agentes físicos, químicos y biológicos, riesgos ergonómicos y psicosociales, medidas de protección colectiva, equipos de protección personal, señalización de seguridad, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, almacenamiento, servicios o medidas de higiene personal, de los que se derive un riesgo grave para la seguridad o salud de los trabajadores.</p>
	<p>No adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.</p>
	<p>El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en materia de coordinación entre empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo.</p>

	No constituir o no designar a uno o varios trabajadores para participar como supervisor o miembro del Comité de Seguridad y Salud, así como no proporcionarles formación y capacitación adecuada.
	La vulneración de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
	El incumplimiento de las obligaciones relativas a la realización de auditorías del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.
	No cumplir las obligaciones relativas al seguro complementario de trabajo de riesgo a favor de sus trabajadores, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.
Muy graves	No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia y de los trabajadores con discapacidad.
	No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores trabajadores.
	Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.
	Incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.
	Superar los límites de exposición a los agentes contaminantes que originen riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores.
	Las acciones y omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores para paralizar sus actividades en los casos de riesgo grave e inminente
	No adoptar las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo de los que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores.
	El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en materia de coordinación entre empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, cuando se trate de actividades calificadas de alto riesgo.
No implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo o no tener un reglamento de seguridad y salud en el trabajo.	

En el caso de una inspección vinculada a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el informe que emita el inspector de trabajo al finalizar su investigación debe describir cómo se produjeron, sus causas y sujetos responsables, precisando si, a su criterio, ello se debió a un incumplimiento de las medidas de SST. Asimismo, debe proponer las medidas correctivas respectivas⁽⁴¹⁾.

De otro lado, debe tenerse presente que específicamente para el caso de riesgos inminentes y graves a la seguridad y la salud de los trabajadores, se ha previsto

(41) Artículo 17.3 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

que la autoridad laboral pueda aplicar la medida inspectiva de paralización o prohibición de trabajos⁽⁴²⁾. Esta suspensión de labores no afecta el pago de remuneraciones a los trabajadores afectados. La paralización es levantada una vez se subsanen las deficiencias que la motivaron⁽⁴³⁾.

En el tema de tercerización, se enfatiza nuevamente la responsabilidad de la empresa principal o usuaria respecto al personal de terceros que laboren en sus instalaciones. En efecto, el artículo 42.2 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección en el Trabajo, establece que en la empresa principal debe responder directamente de las infracciones que en su caso se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones. Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios, responderán directamente de las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

2. Responsabilidad civil

El cumplimiento de las obligaciones en materia de SST no solamente provienen de las normas vigentes, sino que tales obligaciones se incorporan en cada relación contractual entre trabajadores y empleadores, es decir, que un eventual incumplimiento de dicha normativa genera también un incumplimiento de naturaleza contractual de la parte empleadora, que se rige por el Título IV del Libro VI del Código Civil sobre “Inejecución de Obligaciones”.

La obligación principal del empleador en materia de SST es tomar todas las medidas necesarias para proteger al trabajador de cualquier eventualidad que pudiera poner en riesgo su seguridad y salud. En caso de incumplimiento de esta obligación, el empleador es responsable en caso no haya ejecutado esta obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (artículo 1321 Código Civil). Procede con dolo, quien deliberadamente no ejecuta la obligación (artículo 1318 Código Civil); con culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación (artículo 1319 Código Civil); y con culpa leve, quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda de acuerdo a las circunstancias (artículo 1320 Código Civil). El dolo y la culpa inexcusable deben ser

(42) Ley 28806. Artículo 15.- Cuando los inspectores, comprueben que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores podrán ordenar la inmediata paralización o la prohibición de los trabajos o tareas, conforme a los requisitos y procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Las órdenes de paralización o prohibición de trabajos por riesgo grave e inminente, serán inmediatamente ejecutadas y se formalizarán en un Acta de paralización o prohibición de trabajos o por cualquier otro medio escrito fehaciente con notificación inmediata al sujeto responsable.

(43) Decreto Supremo N° 019-2006-TR. “Artículo 21.7. Tan pronto como se subsanen las deficiencias que la motivaron, la paralización se levantará por la autoridad administrativa competente”.

acreditados por el trabajador (artículo 1330 Código Civil), así como la existencia de los daños y de su cuantía.

El resarcimiento correspondiente comprende el daño emergente y el lucro cesante directamente relacionados a las consecuencias del incumplimiento por parte del empleador, es decir, directamente relacionados a la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad ocupacional. Sin embargo, si la inejecución de la obligación obedece a culpa leve, el resarcimiento solamente abarcará al daño que podía preverse al momento de contraerse la obligación (artículo 1321 Código Civil).

En consecuencia, no es responsable el empleador que no ejecutó su obligación en los casos siguientes:

- Si actuó con la diligencia ordinaria requerida (artículo 1314 Código Civil);
- Si medió caso fortuito o fuerza mayor (artículo 1315 Código Civil);
- Si la inejecución de la obligación obedece a una causa que no le es imputable, salvo disposición contraria de la ley o del acuerdo de las partes (artículo 1317).

Por el contrario, el empleador es responsable por las consecuencias de la ocurrencia de una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, si se cumple con lo siguiente:

- Padecimiento por parte del trabajador de una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo;
- Omisión del empleador de actuar con la diligencia ordinaria: incumplimiento de obligaciones en materia de SST;
- La enfermedad ocupacional o el accidente de trabajo deben obedecer al incumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de SST; y,
- La causa del incumplimiento debe ser imputable al empleador.

En el marco de las obligaciones en materia de SST, la diligencia ordinaria requerida al empleador dependerá de cada caso concreto en particular implica que el empleador se encuentre en capacidad de acreditar el cumplimiento de todas aquellas obligaciones vinculadas a la prestación de servicios del trabajador afectado por una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo tales como entrega de equipos de protección, brindar capacitación, cobertura de seguros en casos que corresponda, entre otros. Por tal motivo, es muy importante que el empleador conserve toda aquella documentación que sustente el cumplimiento de tales obligaciones.

En nuestro país se dio la situación de demandas de pago de indemnización de daños y perjuicios por la enfermedad de neumoconiosis, típica enfermedad ocupacional del sector minero, que se adquiere por la exposición al polvo de sílice. Los trabajadores demandantes alegaban sufrir dicho mal por el solo hecho de haber

laborado en una empresa minera; sin embargo, no acreditaban haber prestado sus servicios expuestos al sílice. Básicamente adjuntaban un certificado médico, expedido por una institución pública del Ministerio de Salud, que señalaba la presencia de la enfermedad en el trabajador.

Al analizar los certificados y los antecedentes laborales y médicos del trabajador se concluyó que los certificados presentados por los demandantes en los referidos procesos habían sido falsificados. No obstante ello, en muchos juzgados no se permitió en un primer momento cuestionar el valor probatorio de dichos documentos; esta tendencia judicial ha cambiado y actualmente se permite la realización de otras pericias médicas para la determinación de la existencia o no de la enfermedad. Pero reiteramos que, pese a que el demandante pueda adolecer de una enfermedad profesional, ello no conlleva a que necesariamente deba imputarse responsabilidad al empleador, pues, conforme a las normas del Código Civil, el empleador debe acreditar que actuó con la diligencia ordinaria habiendo cumplido con las obligaciones a su cargo.

3. Responsabilidad penal

En primer lugar, el hecho que el empleador incumpla con sus obligaciones en materia de SST, forzando a los trabajadores, mediante violencia o amenaza, a prestar los servicios sin contar con las condiciones de seguridad correspondientes, constituye el delito de violación contra la libertad de trabajo, previsto en el artículo 168 del Código Penal.⁽⁴⁴⁾

Para determinar las condiciones de seguridad e higiene industriales referidas en el tipo penal, aquellas deben estar determinadas por la autoridad competente, por lo cual Salinas señala que “se trata de una norma penal en blanco. Pues, su aplicación a un caso concreto exige necesariamente recurrir a las normas laborales o normas particulares (reglamentos) establecidas por la autoridad respectiva para empresas que realizan determinadas actividades productivas peligrosas o riesgosas”⁽⁴⁵⁾.

De otro lado, aun cuando el trabajador haya prestado su consentimiento para laborar sin las condiciones de seguridad requeridas, Salinas, citando a Jose Ugaz, advierte que dicho consentimiento “resulta irrelevante en la medida en que estaría condicionada por la necesidad de trabajo”⁽⁴⁶⁾. Desde el punto de vista estrictamente laboral, dado que el derecho del trabajador a prestar sus servicios en un ambiente

(44) Artículo 168 Código Penal.- “Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. Integrar o no un sindicato.

2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.

3. **Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad(...)**”.

(45) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal*. Parte Especial. Editorial Moreno S.A. Perú, 2004, p. 514.

(46) SALINAS SICCHA, Ob. cit., p. 515.

que no afecte su seguridad y salud es irrenunciable, una supuesta aceptación para trabajar en condiciones adversas sería nula.

De otro lado, las consecuencias que generan un incumplimiento de las normas de SST por parte del empleador pueden involucrar lesiones o hasta el fallecimiento del trabajador afectado por tales incumplimientos, que puede dar lugar a una responsabilidad penal. Estos eventos también pueden ser calificados como delitos en la modalidad de lesiones graves u homicidio (artículos 121 y 111 del Código Penal.)

CONCLUSIONES

1. En el Perú, el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, constituye un hito a partir del cual el tema de seguridad y salud en el trabajo deja de ser una materia regulada exclusivamente para determinados sectores económicos, específicamente los considerados como actividades de alto riesgo, para extenderse en forma general a todos los empleadores sin distinción, en concordancia con los preceptos contenidos en la Constitución Política del Estado, así como con normativa supranacional.
2. El Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, que tiene por finalidad la promoción de condiciones de trabajo dignas que garanticen a los trabajadores un estado de vida saludable, física, mental y social, se fundamenta en la co-participación del empleador y de los trabajadores en el desarrollo de un ambiente de trabajo seguro.
3. En los casos de sectores económicos donde se cuente con regulación específica sobre la materia, la misma continúa resultando aplicable en la medida que no sea incompatible u otorgue derechos o imponga obligaciones superiores a los contenidos en el Reglamento, el mismo que sirve de base como norma mínima en materia de SST.
4. El Reglamento si bien enumera para los empleadores un listado de obligaciones en materia de SST, debe entenderse que indirectamente las mismas también reflejan derechos de los trabajadores en materia de SST.
5. Todo empleador no solamente tiene la obligación de velar por la seguridad de su propio personal, sino también debe garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar del personal de terceros destacados o desplazados a sus instalaciones o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.
6. El incumplimiento de las obligaciones en materia de SST por parte del empleador generaría responsabilidad a nivel administrativo, civil e incluso podría configurar la existencia de un ilícito penal. En tal sentido, a nivel administrativo, el incumplimiento ameritaría una sanción por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en caso se evidencia a través de un procedimiento inspectivo. Luego, en la medida que las disposiciones en materia de

SST se incorporan en cada relación contractual entre trabajadores y empleadores, un eventual incumplimiento de dicha normativa genera también un incumplimiento de naturaleza contractual de la parte empleadora, regida por el Título IV del Libro VI del Código Civil sobre “Inejecución de Obligaciones”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Tomás, CAMPS RUIZ, Luis, y otros. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- CASTRO OTERO, Ignacio. *La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente*. En: *Laborem*—Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°08, Año 2008.
- GONZALEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías. “La política de prevención de riesgos laborales”. En: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. La Ley - Actualidad S.A., Madrid, 1997.
- LUQUE PARRA, Manuel. *La Conceptualización de la Responsabilidad Civil del Empresario en Materia de Seguridad y Salud Laboral*. Consejo Económico Social. Madrid, 2002.
- MORALES CORRALES, Pedro. “Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 59, Junio, 2005.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho de Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1995.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos. “La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales. Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos (arts. 14-24, 29 y 41)”. En: *Seguridad y Salud en el Trabajo*. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales. Ed. La Ley - Actualidad S.A., Madrid, 1997.
- SALCEDO BELTRAN, Ma Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal—Parte Especial*, Editorial Moreno S.A, Perú, 2004.
- TSUBOYAMA SHIOHAMA, Liliana. “Desplazamiento de Trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales”. En: *Laborem* - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°08, Año 2008.

- TSUBOYAMA SHIOHAMA, Liliana. “Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia de enfermedad profesional (sentencia recaída en el Expediente N° 02513-2007-PA/TC)”. En: *Laborem* - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°09, Año 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Los derechos de participación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. En: *Seguridad y Salud en el Trabajo*. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales. Ed. La Ley - Actualidad S.A., Madrid, 1997.

**PONENCIAS
LIBRES**

LOS EXÁMENES MÉDICOS EN LA RELACIÓN LABORAL

May Lin Ataca Ugaz^()*

*Carlos Cadillo Ángeles^(**)*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales aspectos relacionados con la prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, consiste en la práctica o realización de los exámenes médicos.

Al no haberse publicado hasta la fecha los protocolos y guías de diagnóstico, el tratamiento de los exámenes médicos genera una particular atención, toda vez que su contenido deberá analizarse en relación a los alcances del poder de control en materia de seguridad y salud que corresponde al empleador y a la protección de derechos fundamentales del trabajador como la intimidad y no discriminación.

En este trabajo trataremos los alcances de su regulación general (sin centrarnos en las particularidades que pudieran presentarse con motivo de la regulación sectorial aplicable a algunas empresas en función a su actividad económica), los límites a ser observados por la empresa en su realización así como las consecuencias en la relación laboral.

(*) Abogada asociada de Miranda & Amado Abogados. Adjunta de docencia del curso de Derecho Laboral en la PUCP.

(**) Abogado asociado de Miranda & Amado Abogados. Adjunto de docencia del curso de Sistemas Salariales y Tributos Sociales en la PUCP.

II. LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

El Decreto Supremo N° 009-2005-TR aprobó el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, RSST), que establece la regulación general en materia de prevención y control de seguridad y salud laboral de los trabajadores. Uno de los aspectos más relevantes de este control se traduce en la obligación para el empleador de practicar los exámenes médicos ocupacionales.

1. Finalidad y contenido

Los exámenes médicos ocupacionales tienen como propósito examinar el estado de salud del trabajador, asignarle labores que no afecten su vida o integridad, vigilar los riesgos a los que está siendo expuesto en el trabajo y a buscar medidas de corrección, protección o prevención para mitigar o eliminar tales riesgos. De esta manera, los exámenes médicos representan una herramienta para mejorar o adoptar las medidas adecuadas para el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud (artículo 34 del RSST) –que debe tener todo empleador–; y, a su vez, proteger la vida e integridad física y moral de los trabajadores.

De acuerdo a la finalidad descrita, los exámenes médicos deben ser acordes a los riesgos a que están expuestos los trabajadores en sus labores o puestos de trabajo específicos (artículo 39 del RSST, literal d), tomando en consideración su situación de salud y las alteraciones que tengan, independientemente que sean o no ocupacionales. Así, por ejemplo, por la naturaleza de las labores, a una secretaria no se le puede practicar el mismo examen médico que corresponde a un trabajador minero, ni viceversa.

2. Obligados

El deber de realizar exámenes médicos aplica a todos los empleadores, independientemente de la actividad a la que se dediquen, del número de trabajadores con los que cuenten o de la edad de los trabajadores⁽¹⁾.

Los costos derivados de practicar los exámenes médicos corren por cuenta del empleador, sin que deban ser asumidos de modo alguno por los trabajadores (artículo 52 del RSST).

3. Oportunidad

El deber del empleador de practicar los exámenes médicos se exige en tres momentos de la relación laboral: antes, durante y al término de la relación laboral (artículo 39 del RSST, literal d). El desarrollo de los exámenes médicos en estos tres momentos será abordados en el punto 4, no obstante, merece adelantar dos observaciones relevantes. Nótese que se indica que los exámenes médicos se practican

(1) El artículo 60 del RSST señala expresamente la obligación de realizar los exámenes médicos a los trabajadores adolescentes.

antes de la relación laboral, pero no al inicio, lo que conlleva a que el empleador pueda tener la información sobre las condiciones físicas y psicológicas del postulante con relación al puesto laboral que se está convocando, a efectos de determinar si está apto o cumple con los requisitos para desempeñar las labores a las que está postulando.

Además, no se precisan los momentos en lo que el empleador debe realizar los exámenes médicos durante la relación laboral, por lo que se deja a su discreción fijar la oportunidad de los mismos. No obstante, sería conveniente que el RSST fije una periodicidad anual y que, además, obligue al empleador a realizarlos cuando ocurran cambios relevantes en las condiciones de trabajo⁽²⁾ (por ejemplo, reubicación, cambio de puesto de trabajo, etc.), o se presente alguna de las circunstancias siguientes: ausencia prolongada del trabajador por enfermedad, suspensión de la relación laboral, reposición del trabajador en el empleo, comportamientos extraños de carácter psíquico y/o farmacológico de especial intensidad y habitualidad, entre otros⁽³⁾.

4. Sometimiento a los exámenes médicos

Los trabajadores tienen la obligación de someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa (artículo 72 del RSST, literal f). En este sentido, no es necesario el consentimiento o la aceptación del trabajador, sino el empleador tiene el derecho de exigir al trabajador que cumpla con asistir y someterse a los exámenes médicos correspondientes.

Sin embargo, esto solo aplica para el caso de los exámenes que se practican durante la relación laboral y al cese de la misma, dado que antes del contrato de trabajo el trabajador no tiene vínculo con el empleador, calificando únicamente como postulante a un empleo. Por lo tanto, en este último caso es necesario el consentimiento del postulante para someterse a los exámenes médicos preocupacionales.

5. Registro y disposición de los exámenes médicos

El empleador tiene la obligación de implementar y llevar un Registro de Exámenes Médicos Ocupacionales, el cual debe actualizarse de acuerdo a los nuevos exámenes que se practiquen (artículo 17 del RSST, literal c). El registro puede ser llevado a través de medios físicos o por medios electrónicos (artículo 17 del RSST, literal c). El empleador debe poner el registro a disposición de los trabajadores y de la autoridad, quienes al igual que el empleador deben cuidar la confidencialidad de los datos consignados en el mismo (artículo 17 del RSST, literal c).

(2) El artículo 43, literal c), del RSST obliga al empleador a impartir a los trabajadores capacitación y entrenamiento en seguridad y salud cuando se produzcan cambios en la función y/o puesto de trabajo y/o en la tecnología. En este mismo sentido, resultaría razonable que el RSST exija al empleador a realizar exámenes médicos cuando estos cambios ocurran.

(3) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*. Consejo Económico y Social. Madrid, 1998, p. 271.

6. Derecho a recibir información sobre la justificación y los resultados

Con relación a los exámenes médicos, los trabajadores tienen el derecho a que:

A título grupal, se les informe las razones para los exámenes de salud ocupacional, lo que les permite controlar las prácticas desmedidas o lesivas que podría cometer el empleador; y,

A título individual o personal, se les informe los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud (artículo 68 del RSST).

Sobre lo segundo, como las evaluaciones médicas practicadas al trabajador pueden derivar en la existencia o el padecimiento de una enfermedad, patología o problema médico, el trabajador debe tener derecho a acceder a sus resultados o informes médicos.

Este derecho a la información también se encuentra contenido en el artículo 69 del RSST según el cual, “los trabajadores tiene derecho, a ser informados, a título personal sobre los resultados de los informes médicos previos a la asignación a un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud (...)”

El referido derecho tiene sustento en el principio de prevención referido en los puntos previos. Los informes deben ser puestos en conocimiento del trabajador antes de la asignación de un puesto toda vez que, solo así el trabajador podrá verificar y controlar que el empleador esté cumpliendo con su obligación preventiva relacionada con asignar los puestos de trabajo en función a sus competencias personales y profesionales. De esta forma, si el trabajador, por padecer de alguna enfermedad ocupacional, no puede ejercer el puesto asignado por el empleador, tiene derecho a requerir su reasignación a otra ocupación o área que no conlleve una mayor exposición a los riesgos.

Merece señalar el carácter confidencial de los resultados. En tanto la información contenida en los informes médicos está vinculada a la salud del trabajador, esta pertenece a su esfera privada y, por ende, la obligación de protección viene impuesta por el respeto a su derecho a la intimidad.

Este carácter confidencial de la información también ha sido recogido expresamente en el RSST⁽⁴⁾ estando impedido el empleador de usarla en perjuicio del trabajador (por ejemplo, no permitir o no considerar la postulación del trabajador a un ascenso por su estado médico).

Cabe precisar adicionalmente, que el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la falta de información a los trabajadores sobre el resultado de sus evaluaciones médicas o el no guardar reserva o confidencialidad respecto de

(4) Ver artículo 68, literal b, del Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

los resultados constituyen infracciones administrativas. En tal sentido, el empleador podrá ser merecedor de varias sanciones pecuniarias en caso no observara estos parámetros.

7. Conservación y exhibición de datos

El Registro de los Exámenes Médicos Ocupacionales debe conservarse durante un plazo de 5 años y, además, existe la obligación de exhibirlos en los procedimientos de inspección ordenados por la Autoridad Competente (artículo 17-A del RSST).

8. Vigencia de los exámenes médicos y del registro respectivo

La obligación de realizar exámenes médicos ocupacionales y de implementar y llevar el Registro de Exámenes Médicos Ocupacionales debía iniciar el 1 de abril de 2007; sin embargo, cinco días después (6 de abril de ese año), el Decreto Supremo N° 007-2007-TR agregó al RSST la Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias y Transitorias que postergaron la aplicación de tales obligaciones hasta después que se aprueben o publiquen –respectivamente– los siguientes instrumentos:

- a) Las Guías de diagnóstico para exámenes médicos obligatorios por actividad.
- b) Los Protocolos de exámenes médicos ocupacionales.
- c) La regulación de los exámenes médicos en contratos temporales de corta duración.

Estos instrumentos tienen como propósito complementar lo indicado por el RSST en materia de exámenes médicos y brindar detalles sobre el contenido de los mismos a fin de facilitar las obligaciones de cargo del empleador. De acuerdo a la Sexta Disposición en mención, dichos instrumentos debían ser aprobados por la autoridad competente antes del 31 de diciembre de 2007; no obstante, los exámenes médicos establecidos en normas sectoriales mantienen su vigencia y son exigibles ante la Autoridad Competente.

El plazo señalado para la aprobación de los referidos instrumentos no ha sido cumplido y, actualmente (habiendo transcurrido más de dos años y medio desde esa fecha), los mismos no han sido aprobados o publicados, lo que ocasiona la falta de obligatoriedad relacionada a la ejecución y registro de los exámenes médicos a causa de una dejadez por parte de las autoridades competentes en un asunto de suma relevancia para la seguridad y salud de los trabajadores.

No obstante lo señalado, debe notarse que esta falta de obligatoriedad aplicará solo a las empresas reguladas exclusivamente por el RSST –como son aquellas dadas a actividades de servicios– en tanto que, si a nivel sectorial se prevé la obligación de contar con el registro de Evaluaciones Médicas o de exhibirlo ante algún organismo de fiscalización particular, ello deberá ser cumplido por el empleador;

caso contrario, este sí podrá ser merecedora de las sanciones establecidas por la normativa sectorial, correspondiente.

III. LÍMITES

Con relación al poder de control y vigilancia del empleador, Blancas señala que están sometidos a límites internos y externos: los primeros obedecen a criterios de funcionalidad y de razonabilidad, es decir, que el control tenga relación directa y necesaria con el trabajo o la prestación de servicios del trabajador; y los segundos provienen de los derechos fundamentales del trabajador⁽⁵⁾. En este orden de ideas, a continuación detallamos los límites al poder de control y vigilancia de la salud de los trabajadores que corresponde al empleador, lo que se traduce en la realización de exámenes médicos.

1. Intrínsecos

Los exámenes médicos deben responder a la finalidad descrita anteriormente que está relacionada a los riesgos de trabajo o, como lo define de Vicente, “consiste ‘en detectar o descubrir los efectos que los riesgos inherentes al trabajo pueden provocar en el propio trabajador, que se manifiestan a través de una alteración de la salud del trabajador o estado de normalidad orgánica o funcional, tanto física como mental, aun cuando la misma no llegue a constituir un daño derivado del trabajo’, alcanzando la vigilancia de la salud ‘todas aquellas alteraciones de carácter somático y también los trastornos físico y psicosomáticos que inciden en la fatiga o la carga mental de los trabajadores (insomnio, estrés, envejecimiento prematuro, etc.)’. La vigilancia de la salud no se limita únicamente a detectar la alteración que pueda producirse en la integridad psicofísica del trabajador y su posterior restablecimiento o curación, sino que ‘también integra una forma de evaluación y prevención de los riesgos a través de los correspondientes controles biológicos y de los reconocimientos médicos’”⁽⁶⁾.

De este modo, los exámenes médicos que practique el empleador deben tener una justificación objetiva y razonable relacionada a los riesgos relacionados con el trabajo; además, esta justificación debe estar suficientemente probada⁽⁷⁾.

2. Extrínsecos

El artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución señala que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Por eso, los exámenes médicos deben respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la dignidad, la

(5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2007, pp. 198-199.

(6) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. Ob. cit., pp. 268-269.

(7) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. Ob. cit., p. 278.

intimidad, la no discriminación y la confidencialidad de toda información relacionada con el estado de salud del trabajador⁽⁸⁾.

Por ello es que el artículo 68, literal b, del RSST indica que los resultados de los exámenes médicos al ser confidenciales, no son pasibles de uso para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento.

IV. VICISITUDES DE LOS EXÁMENES MÉDICOS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

De acuerdo a lo visto en los acápites anteriores, la regulación general en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluido lo relacionado a la realización de exámenes médicos, reside exclusivamente en el RSST al no haberse publicado aún los Protocolos y Guías de Diagnóstico. Conforme a esta regulación, los exámenes médicos obligatorios deben ser realizados en tres oportunidades: al inicio de la relación laboral, durante la relación y a su término.

1. Al inicio de la relación laboral

Se trata de los denominados exámenes “preocupacionales”. El objetivo de estas evaluaciones reside en determinar la aptitud psicofísica del postulante para el desempeño del puesto de trabajo al cual está aplicando. Adicionalmente, son de gran utilidad para deslindar eventuales responsabilidades del empleador al permitir conocer o detectar la existencia de patologías preexistentes al inicio de la relación laboral.

La duda que podría presentarse residiría en conocer si estas evaluaciones deben ser ejecutadas en la etapa de evaluación o selección del postulante (es decir, en forma previa a la existencia de una relación laboral) o tras la existencia de esta relación pero en forma previa al inicio en la ejecución de sus servicios. Esta interrogante no es ociosa toda vez que, en otros países se prevé que la realización de estas evaluaciones médicas solo puede tener lugar en el marco de una relación laboral y no en la etapa postulatoria. Al respecto, debe observarse lo señalado por Siqueira Nieto quien al comentar la legislación norteamericana respecto de la confidencialidad precisa que “leyes norteamericanas protegen la confidencialidad de informaciones obtenidas por trabajadores cuando ellos se inscriben para la obtención de un empleo. Una de ellas es que el examen médico no puede ser exigido antes de la contratación de un trabajador (...)”⁽⁹⁾.

(8) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. Ob. cit., pp. 266-267.

(9) SIQUEIRA NETO, José Francisco. “Derecho del Trabajo y Derechos Humanos Fundamentales”. En Libro de *Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Uruguay, 2003, p. 178.

En nuestro país, esta disyuntiva ha sido resuelta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) quien define estas evaluaciones como Exámenes Médicos de Preempleo los cuales son evaluaciones de salud ocupacional que se realizan *antes de que el trabajador sea admitido en un puesto de trabajo*⁽¹⁰⁾.

Tomando en cuenta la oportunidad en que estos exámenes se desarrollan, el empleador deberá tener en cuenta algunos límites, relacionados con los derechos de los postulantes a la intimidad e igualdad, derechos que les corresponden, no en función a la existencia de un contrato de trabajo sino en su condición de personas.

Bajo este entendido, el empleador deberá tener presente que solo podrá requerir al postulante la práctica de aquellas evaluaciones que guarden relación con la naturaleza y alcance de los riesgos que se encuentren involucrados en la ejecución del puesto al cual se postula. De esta forma, resultará razonable someter al postulante a un examen de resistencia física si por ejemplo, el ejercicio del puesto va a implicar trabajo en altura con excesivo esfuerzo físico. Situación opuesta sucedería si el puesto a ocupar sería uno de oficina que no requiere prestar servicios bajo tales condiciones físicas extremas. Esta facultad de “revisar” a los postulantes encuentra su justificación en el deber de prevención que corresponde a todo empleador recogido como principio en el Título Preliminar del R SST, el cual le obliga a *evaluar los riesgos que no pueden ser evitados*, a combatir los riesgos en su origen, a adoptar medidas de protección individual y colectiva, a adaptar el trabajo a la persona sobre todo en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, entre otros⁽¹¹⁾.

Por lo anterior, para que las pruebas realizadas cumplan efectivamente su finalidad preventiva y protectora de la seguridad y salud de los postulantes, aquellas deben encontrarse en estricta relación con el nivel de riesgo a los que los postulantes se encontrarían expuestos si accediesen al trabajo ofrecido.

Además de la necesidad de correlación entre el contenido de la evaluación y el puesto, el empleador debe respetar el derecho a la intimidad del postulante. En tal sentido, el postulante tendrá pleno derecho a guardar reserva respecto de información o datos propios de o pertenecientes a su esfera privada tales como: el padecimiento de VIH-SIDA, su opción sexual, sus creencias religiosas, el estar embarazada –en el caso específico de mujeres–, entre otras, no estando obligado a contestar cuestionarios o llenar formularios donde se le exija proporcionar esta información.

El derecho a la intimidad también conlleva voluntariedad en la realización de los exámenes. Si, por ejemplo, la evaluación preocupacional conlleva realizar análisis de sangre (entendiendo que existe una justificación para este examen médico en función al puesto de trabajo), el empleador debe contar con el consentimiento

(10) Ver al respecto el Glosario de Términos establecido mediante Decreto Supremo N° 007-2007-TR.

(11) MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTUIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Primera edición. Tecnos. España, 1991, p. 632

del postulante quien a su vez, debe estar plenamente informado del contenido, alcances y finalidad de dicha evaluación. De esta forma y siguiendo el ejemplo, el postulante deberá consentir expresamente en las pruebas a ser realizadas con sus análisis sanguíneos a efectos que estas no contemplen, pruebas de embarazo o de VIH -SIDA las cuales no guardan conexión real con las labores a ser desarrolladas.

Nótese que esta voluntariedad solo se circunscribe a las evaluaciones médicas preocupacionales pues, al no existir aún en esta etapa una relación laboral entre las partes, el examen médico no puede ser de obligatoria realización debiendo el empleador requerir el consentimiento previo del postulante. En tal sentido, si bien se precisa en el RSST la obligación para el trabajador de someterse a los exámenes médicos ocupacionales, debe observarse que dicha obligación solo se relacionaría con las evaluaciones obligatorias durante la relación laboral y a su término mas no a las preocupacionales.

El tercer parámetro está relacionado con la igualdad lo cual deviene en el derecho a la no discriminación. Como hemos señalado, si bien el empleador tiene el derecho y la obligación de someter a los postulantes a evaluaciones médicas, no tiene derecho a indagar sobre aspectos de la vida privada de los postulantes como el uso de drogas, alcohol o el padecimiento de VIH-SIDA, entre otros. En caso esta información fuera de conocimiento del empleador, este tiene la obligación de obviarla o no considerarla en el proceso de selección; caso contrario estaría impidiendo el acceso al empleo de estos postulantes, lo cual está proscrito por nuestro ordenamiento.

El empleador podrá válidamente rechazar o no admitir al postulante solo si cuenta con un causa objetiva y razonable la que necesariamente debe estar vinculada a la futura prestación de servicios y/o al cuidado y protección de su salud o la de terceros.

2. Durante la relación laboral:

Son los exámenes periódicos efectuados para la detección precoz (temprana u oportuna) de signos de patologías ocupacionales, de afecciones producidas por el trabajo o por la exposición del trabajador a agentes de riesgo con la finalidad de evitar las consecuencias del desarrollo de enfermedades profesionales. Adicionalmente, estas evaluaciones sirven como herramienta de medición en la eficiencia respecto de las medidas preventivas y de control de riesgos en el trabajo, implementadas por el empleador

La periodicidad en la realización de estas evaluaciones dependerá del nivel de exposición al riesgo del trabajador. Como se ha indicado en los puntos previos, el RSST no prevé expresamente una frecuencia o periodicidad específica razón por la cual, cada empleador, conforme a lo establecido en su Plan o Sistema Interno de Gestión en Seguridad y Salud, determinará la periodicidad en el desarrollo de estas pruebas.

Sin embargo, debe observarse que todo empleador debe actualizar su sistema de evaluación riesgos como mínimo una vez al año (artículo 47 del RSST). Para ejecutar esta actualización, el empleador debe conocer el nivel de exposición al riesgo de su personal lo cual lo obliga a tomar nota de su estado médico. Por este motivo, la realización de esta actualización puede servir como parámetro para establecer la periodicidad mínima con la que las evaluaciones médicas deberían practicarse, la cual debería ser de una vez al año. Se trata de un frecuencia mínima razón por la cual, nada impide al empleador, de considerarlo adecuado por el nivel riesgo existente en su centro de trabajo, realizar estas evaluaciones en menores intervalos.

Otro factor que debe ser considerado por el empleador para determinar la frecuencia en la realización de los exámenes es el relacionado con la exposición del trabajador a los “agentes nocivos”. En efecto, de acuerdo al Manual de Salud Ocupacional, “respecto a cada uno de los “agentes nocivos”, el plazo comprendido entre la exposición a ellos y la aparición de una alteración de la salud (periodo de latencia) es de gran importancia para determinar la frecuencia de los reconocimientos médicos”⁽¹²⁾. El problema se presenta porque este periodo de latencia es desconocido respecto de varios agentes, razón por la cual en el Manual de Salud Ocupacional se establecen tres factores para determinar la frecuencia:

La historia natural de la enfermedad ocupacional, en particular la rapidez con que pueden aparecer alteraciones bioquímicas, morfológicas, de comportamiento, etc., o localizarse mediante pruebas de detección;

El grado de exposición al agente nocivo o a cualquier otro agente interactivo; y,

La sensibilidad y especificidad prevista de los grupos e individuos expuestos.

En lo relacionado al contenido de los exámenes ocupacionales debemos referirnos a los límites explicados en el punto previo. Si la finalidad para la realización de las evaluaciones periódicas ocupacionales consiste en vigilar o controlar el estado de salud de los trabajadores en función a su exposición al riesgo, la naturaleza y contenido de las pruebas deben guardar estrecha relación con su actividad laboral. Esta conexidad entre la evaluación y la actividad laboral es particularmente relevante en función a la obligatoriedad en la realización de los exámenes.

De acuerdo al artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo No. 003-07-TR, constituye una causa de despido relacionada con la capacidad del trabajador, su negativa injustificada a someterse a los exámenes médicos establecidos por ley o previamente convenidos **que resulten determinantes de la relación laboral**. La lectura de esta disposición nos lleva a la siguiente conclusión: la práctica de los exámenes ocupacionales es obligatoria para los trabajadores no siendo posible para aquellos negarse a su realización.

(12) Manual de Salud Ocupacional Publicación del Ministerio de Salud, específicamente de la Dirección General de Salud Ambiental y Dirección Ejecutiva de Salud Ocupacional. Lima, Perú, 2005, p. 22

Esta obligación es impuesta por ley⁽¹³⁾ y será exigible frente al trabajador en tanto, como hemos señalado, el contenido de la prueba guarde estrecha relación con su actividad laboral. De esta forma, si el empleador exigiera a su trabajador practicarse un examen de audiometría, por ejemplo, cuando su labor es administrativa (imaginemos que se desempeña como encargado de archivo y biblioteca de la empresa), consideramos que el trabajador podría válidamente negarse a someterse a dicha evaluación sin que la empresa pueda sancionarlo por ello.

El otro límite a ser observado por el empleador va a ser la intimidad del trabajador. Si, como hemos indicado, el empleador requiere al trabajador información que pertenece a su esfera privada o íntima, aún con motivo del examen ocupacional, el trabajador tiene derecho a negarse a proporcionar dichos datos sin que sea merecedor de sanción disciplinaria válida.

En resumen, podemos concluir que el empleador tendrá el derecho de exigir al trabajador la realización de un examen médico ocupacional cuando se reúnan los siguientes requisitos: (i) la práctica del examen debe haber sido convenida con el trabajador u ordenada por ley; (ii) exista una relación entre el contenido del examen y la prestación de servicios; y (iii) no se afecte el derecho a la intimidad del trabajador.

3. Al término de la relación laboral

Como su nombre lo indica, son las evaluaciones médicas realizadas, producto del término la relación laboral. Mediante su ejecución se busca detectar la aparición de enfermedades ocupacionales, de secuelas de accidentes de trabajo, etc.

La obligatoriedad en la práctica de estas pruebas puede desprenderse de lo manifestado por el Tribunal Constitucional quien, mediante sentencia calificada como precedente vinculante, ha señalado que: “en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que **el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo**” (el subrayado corresponde a la sentencia; la negritas son nuestras)⁽¹⁴⁾.

Si bien este proceso versa sobre un proceso de Acción de Amparo por pago de pensión de invalidez debe notarse que el Tribunal Constitucional exige a los

(13) Al respecto, el artículo 72 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR dispone que en materia de prevención de riesgos laborales, los trabajadores tienen la obligación de someterse a los exámenes médicos a que están obligados por norma expresa.

(14) Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y correspondiente al Expediente N° 02513-2007-AA de fecha 13 de octubre de 2008.

empleadores practicar a su personal los exámenes médicos ocupacionales tanto al cese como durante la vigencia de la relación laboral (con periodicidad anual). Si dichas evaluaciones no se practicaran y el trabajador, producto de la labor desempeñada, padeciera de una enfermedad profesional, se presumirá que el origen de dicho enfermedad tuvo lugar al momento del término del vínculo laboral

De esta forma, además de las sanciones administrativas que pudieran corresponder al empleador (aplicables cuando los Protocolos y Guías de Diagnóstico sean elaborados y publicados), el no practicar las evaluaciones médicas al retiro generará otro efecto: la presunción de existencia de enfermedad profesional en el trabajador al momento de su cese en la empresa.

V. RESISTENCIA O NEGATIVA:

Los exámenes médicos ocupacionales son de obligatoria realización en tanto se cumplan las condiciones indicadas en los puntos previos las cuales pueden resumirse en: existencia de una ley o convenio que ordene la realización de la evaluación; (ii) estrecha relación entre contenido del examen ocupacional y la actividad laboral prestada por el trabajador; y (iii) no violación a la intimidad del trabajador.

Si estos presupuestos se respetan el trabajador tendrá la obligación de someterse a las evaluaciones médicas ordenadas por el empleador, estando este facultado a sancionar disciplinariamente al trabajador que se rehusara a practicarse el examen pudiendo incluso despedirlo.

La causa justa para el despido consistiría en la relacionada con la negativa injustificada del trabajador a someterse al examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes (literal b del artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Nótese que la causa se configura por la “negativa injustificada”. En tal sentido, a *contrario sensu*, cabría la posibilidad de una negativa justificada la cual podría generarse, por ejemplo y como hemos señalado, cuando el empleador disponga de una evaluación médica que no guarde relación o necesidad con la labor desempeñada o vulnere la intimidad del trabajador. En estos casos, la resistencia o negativa del trabajador debería calificarse como justificada no habiéndose configurado la causa de despido analizada.

Además de la falta de justificación, el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR prevé una segunda característica: el empleador es el obligado a probar la negativa injustificada del trabajador. Si el empleador logra probar fehacientemente la negativa injustificada del trabajador, se presume que se ha configurado la causa de despido.

De esta forma, el empleador puede poner término válidamente a la relación laboral con el trabajador.

LA IMPORTANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LOS CENTROS DE TRABAJO APARENTEMENTE NO RIESGOSOS

Orlando de las Casas de la Torre Ugarte^()*

INTRODUCCIÓN

Si bien el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo en los centros de trabajo cobra cada día mayor importancia, el presente trabajo no busca resaltar la importancia del establecimiento de sistemas de este tipo; tampoco busca dar a entender las bondades que trae el establecimiento e implementación de los sistemas de seguridad para el trabajo. Sin duda, no se debe perder de vista lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo, respecto de las pérdidas económicas que se dan causadas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y como la inversión en el establecimiento de un sistema de seguridad y salud en el trabajo (que en buena cuenta busca eliminar, minimizar, reducir o evitar los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales) resulta ser mucho más económico que las pérdidas que se generarían de ocurrir un siniestro.

Lo que el presente trabajo busca dar a conocer un aspecto que en muchos casos pasa inadvertido.

(*) Socio encargado del Área Laboral del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados, profesor del curso de Regímenes Laborales Especiales en la Facultad de Derecho de la PUCP, profesor de Legislación Laboral en el Diplomado de Recursos Humanos de la Universidad Particular Ricardo Palma, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Normalmente, al momento de desarrollar, leer, investigar o indagar, acerca de los sistemas de seguridad y salud en el trabajo, se identifica a centros de trabajo en los que se realizan actividades naturalmente peligrosas y evidentemente riesgosas. Nadie cuestionaría, por ejemplo, la necesidad de implementar un sistema de seguridad y salud en una empresa dedicada a la construcción civil; de hecho los accidentes de trabajo (muchos con consecuencias fatales) en este tipo de actividad resultan ser frecuentemente tratados en los noticieros de televisión u otros medios de información. Igualmente, estamos seguros, nadie dudaría de lo imprescindible que resulta un sistema de seguridad y salud en la actividad minera, en donde los obreros mineros de socavón de forma casi inevitable terminan padeciendo enfermedades pulmonares degenerativas que en muchos casos los llevan a la muerte.

Los ejemplos son muchos: pesca, puertos, carga en general, transporte, etc.

Sin embargo, existen actividades en las que de manera tradicional (histórica diríamos) las actividades han sido consideradas desde siempre tranquilas, seguras, fuera de todo peligro. Imaginemos por ejemplo a un empleado de banco, a un encargado de caja, a un oficinista, etc. Estamos seguros que nadie hubiera imaginado hace unos años (e incluso ahora) que ese tipo de actividades podían implicar remotamente algún riesgo que debiera ser objeto de protección a través de la implementación de un sistema de seguridad y salud en el trabajo. Imaginemos, por ejemplo, la labor de una secretaria; si es que hacemos una encuesta, seguramente serán escasos los encuestados que podrían señalar que para la labor que dichas profesionales desarrollan está expuesta a algún riesgo.

El paso de los años ha demostrado que en los centros de trabajo que tradicionalmente no están expuestos a riesgos (oficinas básicamente), el tipo de labores también tienen exposiciones a accidentes de trabajo o a enfermedades profesionales. Esta exposición, además, se ha visto incrementada con el avance de la tecnología, que ha introducido nuevos “males” en los trabajadores. Tanto así que comunes son hoy en día lesiones a la espalda o el padecimiento de tendinitis por el uso de las computadoras.

El presente trabajo busca dar a conocer algunos de los riesgos en seguridad y salud que pueden generarse en ese tipo de centros de trabajo, y con ello ver la importancia del establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo en lo que denominaremos a lo largo del trabajo centros de trabajo no riesgosos, importancia que más allá de la obligación legal que existe para la legislación peruana.

I. SITUACIÓN PREVIA A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO SUPREMO N° 009-2005-TR

No resulta infrecuente escuchar que existen centros de trabajo que por no generar riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud de sus trabajadores, no están obligados a implementar sistemas de seguridad y salud en el trabajo. ¿Cuál es

la razón para que un centro de trabajo que en apariencia no genera riesgos se sienta excluido de la obligación de implementar un sistema de seguridad y salud?

Tal vez el mal entendido se haya generado como consecuencia de la legislación que regía previamente a la entrada en vigencia al Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo regulado por el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, específicamente nos referimos a la Ley General de Industrias regulada por la Ley N° 23407.

Esta norma (vigente todavía en muchos de los aspectos que originalmente regulaba) establece las normas básicas que promueven y regulan la actividad industrial manufacturera, comprendiéndose a las actividades consideradas como industrias manufactureras en la Gran División 3 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de Todas las Actividades Económicas de las Naciones Unidas. El Capítulo III de la Ley N° 23407 está dedicado a la Seguridad e Higiene Industrial, señalándose en el artículo 103 que “ (...) las empresas industriales desarrollarán sus actividades sin afectar el medio ambiente ni alterar el equilibrio de los ecosistemas, ni causar perjuicio a las colectividades; en caso contrario las empresas industriales están obligadas a trasladar sus plantas en un plazo no mayor de cinco años bajo apercibimiento de sanciones administrativas o de otra naturaleza (...)”.

Respecto al tema que nos convoca, encontramos una expresa referencia en artículo 104 de la Ley N° 23407, que señala que “las empresas industriales deben cumplir con las normas legales de seguridad e higiene industrial, en resguardo de la integridad física de los trabajadores.

Los trabajadores con secuelas físicas o sensoriales ocasionadas por accidentes de trabajo, serán reubicados por las empresas, en coordinación con la Dirección General del Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y con sujeción a la ley”.

A partir de esta disposición que se dictaron algunas normas complementarias; específicamente, el Decreto Supremo N° 42-F y el Decreto Supremo N° 049-82-ITI/IND.

El Decreto Supremo N° 42-F en su artículo 45 establece que “(...) en todo establecimiento industrial se deberá redactar reglamentos internos de seguridad para cada clase de trabajo que se ejecute, los que deberán ceñirse a los reglamentos oficiales relativos a seguridad, e incluir disposiciones adicionales (...)”.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 049-82-ITI/IND establece en su artículo 1 que “(...) las empresas industriales comprendidas en la Ley N° 23407, están obligadas a dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el reglamento de seguridad e higiene industrial, aprobado por Decreto Supremo N° 42-F del 22 de mayo de 1964 y sus modificatorias (...)”.

Sin duda existen otras disposiciones que resultan importante. Por ejemplo (y siempre pensando en disposiciones legales anteriores a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 009-2005-TR) ya se preveía la conformación de comités de seguridad de conformación paritaria en las empresas industriales que tuvieran más

de cincuenta (50) trabajadores (artículo 46 del Decreto Supremo N° 42-F, modificado por Decreto Supremo N° 010-77-IT). Del mismo modo se consideraba que cuando los establecimientos industriales tuvieran cincuenta (50) o más trabajadores debería encargar a un empleado o supervisor, de todos los asuntos de seguridad, a fin de velar por el cumplimiento de las funciones de los comités de seguridad.

El hecho es que la regulación previa al Decreto Supremo N° 009-2005-TR nunca consideró o regulo la situación de los centros de trabajo que mantenían ambientes aparentemente no riesgosos (oficinas básicamente), situación que hoy en día ha demostrado haber estado equivocada.

II. NORMAS APLICABLES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN CENTROS DE TRABAJO.

Ya se ha señalado que la norma que regula el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo es el Decreto Supremo N° 009-2005-TR. Sin embargo, previamente al análisis de dicha norma resulta necesario mencionar algunas normas internacionales que resultan fundamentales.

Tenemos en primer lugar el Convenio N° 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1981, relativo a la Seguridad y Salud de los Trabajadores, y que resulta ser la norma marco a nivel mundial sobre dicha materia, y que refleja buena parte de la política sobre seguridad y salud en el trabajo que viene propugnando dicha entidad internacional. Del mismo modo, se cuenta con el Protocolo 155 de 2002 de la misma OIT relativo a la Seguridad y Salud de los Trabajadores. Figuran también el Convenio N° 161 de la OIT de 1985, dispositivo que regula los servicios de salud en el trabajo; y las Recomendaciones Nos. 164 (sobre seguridad y salud de los trabajadores), 97 (sobre la protección de la salud de los trabajadores), 194 (sobre la lista de enfermedades profesionales), entre los principales.

De los convenios mencionados, desgraciadamente ninguno ha sido ratificado por nuestro país, sin embargo no se puede negar que mucho de lo que contiene el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo provienen de los mismos. Además, se debe tener presente que más allá de la falta de ratificación de los Convenios, estos (al igual que las recomendaciones) resultan ser principios rectores y lineamientos a tomar necesariamente en cuenta por parte de los países miembros de la OIT.

El dispositivo que si resulta aplicable es la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y salud en el Trabajo, documento emitido por el Consejo Andino de Ministros de relaciones Exteriores.

III. SENTIDO DEL REGLAMENTO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Con la promulgación, y posterior entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 009-2005-TR se buscó como objetivo primordial la promoción de la cultura

de prevención de riesgos laborales en el país (artículo 1 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR).

Sin duda tal proposición responde a los principios establecidos por la OIT, organización que busca “(...) desarrollar y aplicar una cultura de seguridad y salud preventiva en el lugar de trabajo (...)”⁽¹⁾. Esta situación que podría resultar extraña hasta hace unos años, resulta ser unos de los objetivos principales a nivel mundial, y es por ello que la OIT lo ha asumido como uno de sus objetivos primordiales, y de esa manera lo ha asumido el Perú.

Uno de los cambios fundamentales que tiene el Decreto Supremo N° 009-2005-TR respecto de la legislación previa a su promulgación, está en el hecho de aplicarse a todos los sectores económicos, comprendiendo a todos los empleadores y los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada a nivel nacional (artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR). De esta manera se buscará el establecimiento de normas mínimas para la prevención de riesgos laborales.

De acorde con la política de la OIT, el Decreto Supremo N° 009-2005-TR (de ahora en adelante “el RSST”) busca lograr que las relaciones laborales se desarrollen en un ambiente seguro y saludable, y que el empleador garantice en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.

Será el empleador quien tendrá la responsabilidad de las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole que pudieran haberse generado como consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones. En buena cuenta es por ello que el RSST establece normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales, dejando a los empleadores y trabajadores en libertad de mejorar esos niveles mínimos de protección.

Si bien, como ya se señaló, la responsabilidad es del empleador, el RSST busca darle a los trabajadores una participación activa a través de la consulta, información y capacitación en todos los aspectos de la seguridad y salud en el trabajo (aspecto igualmente impulsado por la OIT). La participación de los trabajadores es de diversas formas. Se prevé, por ejemplo, el nombramiento de supervisores de seguridad y salud cuando las empresas tengan menos de veinticinco (25) trabajadores (artículo 19 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR). Del mismo modo, se encuentra que la participación que los trabajadores deberán tener en el comité de seguridad y salud en el trabajo (artículo 18 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR). Igualmente, se prevé que el empleador deba realizar consultas a sus trabajadores cuando se ejecuten cambios (artículo 63 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR).

(1) <http://www.ilo.org/global/Themes/Safety_and_Health_at_Work/lang-es/index.htm

El RSST establece el derecho que tienen los representantes de los trabajadores a participar en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo, a solicitar al empleador los resultados de las evaluaciones, a sugerir las medidas de control y hacer seguimiento de las mismas, e inclusive a recurrir a la autoridad competente en caso de no tener respuesta satisfactoria (artículo 67 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR).

El RSST establece un orden de prioridad para las medidas de prevención y protección (en los que nuevamente vemos la influencia de los instrumentos internacionales dictados por la OIT), orden que a continuación pasamos a enumerar: (i) la eliminación de los peligros y riesgos; (ii) el tratamiento, control o aislamiento de los peligros y riesgos, adoptando medidas técnicas o administrativas; (iii) el minimizar los peligros y riesgos, adoptando sistemas de trabajo seguro que incluyan disposiciones administrativas de control; y (iv) el facilitar equipos de protección personal adecuados, asegurándose que los trabajadores los utilicen y conserven en forma correcta.

Como se adelantó ya, el empleador es el responsable de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; este puede delegar funciones y la autoridad necesaria al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. La delegación no lo exime de responsabilidad, por lo que las personas en quienes haya delegado responsabilidad deberán rendir cuentas de sus acciones.

Una parte fundamental prevista por el RSST es la obligación de llevar registros, que deberán estar a disposición de las autoridades competentes y de los trabajadores, y que deberán tratar sobre (i) accidentes de trabajo e incidentes (incluyendo las investigaciones que pudieran corresponder y las medidas correctivas correspondientes); (ii) enfermedades ocupacionales; (iii) exámenes médicos ocupacionales; (iv) monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos y factores de riesgo ergonómicos; (v) inspecciones internas de seguridad y salud en el trabajo; (vi) estadísticas de seguridad y salud; (vii) equipos de seguridad o emergencia; e (viii) inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia. Los registros resultan ser fundamentales, ya que no solamente alimentan la información estadística (fundamental para la implementación, establecimiento o seguimiento de una política nacional de seguridad y salud en el trabajo, sino además permiten saber cuan riesgosa puede ser una actividad determinada, y sobre todo, permite verificar la forma en que un accidente o siniestro ha sido investigado al interior de una empresa.

El empleador estará obligado a realizar auditorías periódicas a fin de comprobar si el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido aplicado y es adecuado y eficaz para la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud de los trabajadores. La auditoría deberá ser realizada por auditores independientes. Los resultados de las auditorías deberán ser comunicados al Comité de Seguridad y Salud, a los trabajadores y a sus representantes.

El RSST busca darle al empleador un rol activo en materia de seguridad y salud en el trabajo, debiendo para ello procurar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y la protección de la seguridad y salud de sus trabajadores. La lógica de la norma es tratar de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, tratando de eliminar los riesgos existentes.

Asimismo, debe diseñar los puestos y ambientes de trabajo, seleccionando equipos y métodos de trabajo, atenuando el trabajo monótono y repetitivo, eliminando las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo (o sustituyéndolas por otras que entrañen menor peligro). Debe atender las competencias personales y profesionales de los trabajadores al momento de asignarles las labores.

Como ya se adelantó, ante cualquier hecho que hubiera podido ocasionar daños, deberá realizar las investigaciones que resulten necesarias con la finalidad de detectar las causas y tomar las medidas correctivas al respecto, debiendo informar por escrito a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), los daños a la salud de sus trabajadores, los hechos acontecidos y los resultados de la investigación practicada.

Deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones.

Las empresas con veinticinco (25) o más trabajadores deberán constituir un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (CSST), el cual estará constituido en forma paritaria, es decir, con igual número de representantes de la parte empleadora y de la parte trabajadora. El CSST tendrá las siguientes funciones: (i) hacer cumplir el RSST, las normativas sectoriales y el Reglamento Interno de Seguridad y Salud de cada empresa; (ii) aprobar el Programa Anual de Seguridad y Salud; (iii) realizar inspecciones periódicas a las instalaciones de la empresa; (iv) aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud; (v) reunirse mensualmente en forma ordinaria para analizar y evaluar el avance de los objetivos establecidos en el programa anual, y en forma extraordinaria para analizar los accidentes graves o cuando las circunstancias lo exijan; y (vi) analizar las causas y las estadísticas de los incidentes, accidentes y de las enfermedades ocupacionales emitiendo las recomendaciones respectivas.

Los trabajadores elegirán a sus representantes o delegados de seguridad, quienes integrarán el CST. Los representantes o los delegados de seguridad y salud en el trabajo tendrán las siguientes funciones: (i) reportar de forma inmediata cualquier incidente o accidente; (ii) participar en las inspecciones de seguridad y salud; (iii) proponer medidas que permitan corregir las condiciones de riesgo que podrían causar accidentes de trabajo y/o enfermedades ocupacionales; (iv) velar por el cumplimiento de las normas y disposiciones internas de seguridad y salud vigentes; (v) participar en la investigación de accidentes y sugerir medidas correctivas; (vi) realizar inducciones de seguridad y salud al personal; (vii) participar en las auditorías

internas de seguridad y salud; y (viii) asistir a las actividades programadas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Es importante señalar que los representantes deberán ser capacitados en temas relacionados a las funciones que van a desempeñar antes de asumir el cargo y durante el ejercicio del mismo. El CSST y todos los que participen en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud, deberán contar con la autoridad que requiera para llevar a cabo adecuadamente sus funciones.

Otra obligación que tienen las empresas que cuenten con más de veinticinco (25) o más trabajadores es el tener que elaborar su Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, el mismo que deberá contener: objetivos y alcances; liderazgo, compromisos y la política de seguridad y salud; atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del comité de seguridad y salud, de los trabajadores y de las empresas que les brindan servicios si las hubiera; estándares de seguridad y salud en las operaciones; estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas; estándares de control de los peligros existentes y riesgos evaluados; y preparación y respuesta a emergencias.

El empleador, con el objeto de mejorar el conocimiento sobre la seguridad y salud en el trabajo, deberá facilitar a todo trabajador una copia del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Asimismo deberá capacitar al trabajador, y asegurarse que lo ponga en práctica lo aprendido. Finalmente, deberá elaborar un Mapa de Riesgos del centro de trabajo y exhibirlo en un lugar visible.

Se deberá contar con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, para lo cual se deberá realizar una evaluación inicial o estudio que sirva de base para el diagnóstico del estado de la salud y seguridad en el trabajo. Los resultados obtenidos serán comparados con lo establecido en el RSST en los dispositivos legales pertinentes, y servirán de base para planificar, aplicar el sistema y como referencia para medir su mejora continua.

Es necesario estar en condiciones de evaluar regularmente los resultados en materia de seguridad y salud, para lo cual debe haber de manera permanente vigilancia y control de los procedimientos internos y externos a la empresa (procedimientos que deberá ser revisados periódicamente. La supervisión debe permitir identificar las fallas o deficiencias en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, y adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo.

Un aspecto especial está dado por la situación de las trabajadoras en periodo de embarazo o lactancia, por quienes el empleador deberá adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición en labores peligrosas. Del mismo modo, no se deberá emplear a niños y adolescentes para la realización de actividades insalubres o peligrosas, que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental. De existir adolescentes, el empleador deberá realizar una evaluación de los puestos de trabajo que

estos van a desempeñar, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición al riesgo, con el objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

De existir en la empresa trabajadores de empresas contratistas, subcontratistas, empresas de servicios o cooperativas de trabajadores, será el empleador (vale decir, la empresa principal que recibe los servicios o a los trabajadores de las otras) quien garantice la coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales, la seguridad y salud de los trabajadores, y la verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo (esto sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores).

De igual forma el empleador vigilará el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

Se busca dar a los trabajadores una mayor participación para lograr medidas adecuadas en materia de seguridad y salud; es por ello que los trabajadores serán consultados, antes que se ejecuten cambios en las operaciones, procesos y en la organización del trabajo, que puedan tener repercusiones en la seguridad y salud de los trabajadores y las trabajadoras.

Los trabajadores, sus representantes y/o miembros de los comités o comisiones de seguridad y salud ocupacional, están protegidos contra cualquier acto de hostilidad y otras medidas coercitivas por parte del empleador que se originen como consecuencia del cumplimiento de sus funciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Del mismo modo los trabajadores o sus representantes tienen derecho a revisar los programas de capacitación y entrenamiento, y formular recomendaciones al empleador con el fin de mejorar la efectividad de los mismos. Igualmente, los representantes de los trabajadores tienen derecho a participar en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo, solicitar al empleador los resultados de las evaluaciones, sugerir las medidas de control y hacer seguimiento de las mismas, recurriendo a la autoridad competente en caso de no tener respuesta satisfactoria. La participación alcanza el derecho a ser informados

Asimismo, los trabajadores tienen derecho a ser informados de las razones para los exámenes de salud ocupacional e investigaciones en relación con los riesgos para la seguridad y salud en los puestos de trabajo, y de manera personal de los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo y los relativos a la evaluación de su salud (los resultados de los exámenes médicos al ser confidenciales, no son pasibles de uso para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento).

Sin embargo, y en tanto tienen derechos, los trabajadores también están obligados a cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo que se apliquen en el lugar de trabajo y con las instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos directos; deberán usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección personal y colectiva; no deberán operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no hayan sido autorizados y, en caso de ser necesario, capacitados; deberán cooperar y participar en el proceso de investigación de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales cuando la autoridad competente lo requiera o cuando a su parecer los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron; etc.

IV. EL ROL DE LAS AUTORIDADES

La fiscalización de las obligaciones descritas en el punto precedente está a cargo de más de una entidad.

Así tenemos, por ejemplo, que el Ministerio de Salud (MS) tiene la facultad de velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control. Del mismo modo, el MS podrá sancionar el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del RSST.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) tendrá la obligación de velar por el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo (comprendiendo la prevención de riesgos, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales). Dicha entidad establecerá y fomentará los procedimientos de supervisión, control e inspección, promoviendo la integración de los mecanismos de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo. Le corresponde, igualmente, conducir y ejecutar las acciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Los inspectores de Seguridad y Salud en el Trabajo del MTPE estarán facultados para inspeccionar la totalidad de los puestos e instalaciones de un centro de trabajo, estando el empleador obligado a brindar las facilidades requeridas. Para ello, el inspector podrá ingresar libremente en cualquier momento a un centro de trabajo sujeto a inspección y realizar toma de muestras y mediciones que consideren necesarias, examinar libros, registros y solicitar información relacionadas a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Debemos considerar que inclusive, si un inspector de Seguridad y Salud en el Trabajo comprueba que la inobservancia de la normativa de seguridad y salud implica a su juicio un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, puede ordenar la paralización inmediata de tales trabajos o tareas.

Las omisiones o faltas a lo establecido en el RSST son consideradas como infracciones a la normatividad de Seguridad y Salud en el trabajo, las mismas que

serán sancionadas, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir.

V. CONCEPTO DE RIESGO LABORAL

De acuerdo a lo señalado hasta este momento, si se considera que lo que se busca es la eliminación, reducción o control de los riesgos en los centros de trabajo, resulta fundamental tratar de dilucidar que es lo que se debe entender por riesgo laboral.

No existe en el del Decreto Supremo N° 009-2005-TR una definición de riesgo laboral. La ILO-OSH 2001, Directriz relativa a los sistemas de gestión y seguridad y salud en el trabajo⁽²⁾, señala en su Glosario que riesgo resulta ser “(...) una combinación de la probabilidad de que ocurra un suceso peligroso con la gravedad de las lesiones o daños para la salud que pueda causar tal suceso (...)”. Ese mismo documento, también en su Glosario de términos, nos señala que debemos entender como peligro a la “(...) situación inherente con capacidad de causar lesiones o daños a la salud de las personas (...)”.

En esa misma línea, la Decisión N° 584 (Instrumento Andino de Seguridad y salud en el Trabajo), norma de aplicación para el Perú, define en su inciso “e” del artículo 1 como riesgo laboral a la “(...) probabilidad de que la exposición a un factor ambiental peligroso en el trabajo cause enfermedad o lesión (...)”.

Enfermedad (profesional), según la misma Decisión N° 584, es considerada como aquella “(...) contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral (...)” (art. 1, inc. “m”).

La Decisión N° 584 no nos define que debemos entender como “lesión”.

Tratando de poder definir (y con ello delimitar) que se debe entender por riesgo laboral, encontramos en España la Ley 31/1995, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que los define como “(...) la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo (...)” (artículo 4, inciso 2). La misma Ley 31/1995 define como daños derivados del trabajo “(...) las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (...)” (artículo 4, inciso 3).

Con las definiciones revisadas, se puede concluir que riesgo laboral implica la probabilidad de padecer (o en todo haberlo tenido) una lesión, una enfermedad, un daño, o inclusive una patología, originada en la relación laboral que el trabajador afectado con esa lesión, enfermedad, daño o patología haya podido sufrir, o de hecho haya sufrido, al margen de la gravedad de la misma. En otras palabras,

(2) El texto puede ser encontrado en: <<http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/spanish/download/s000013.pdf>>.

cualquier aspecto originado o causado como consecuencia de la relación laboral que mantiene, encaja en la definición de riesgo laboral.

VI. RIESGOS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN CENTROS DE TRABAJO APARENTEMENTE NO RIESGOSOS (OFICINAS)

Darí la impresión, por el extenso comentario sobre el RSST que resulta fundamentalmente aplicable a aquellas empresas que mantienen o desarrollan actividades riesgosas.

Sin embargo, no se debe perder de vista que tanto el RSST como el sistema que el mismo incluye, que se debe implementar debe aplicarse a todos los sectores, a la totalidad de empresas en el territorio de la república, bastando que se encuentren dentro del régimen laboral de la actividad privada (art. 2 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR).

Surge entonces la duda de qué ocurre con aquellos centros de trabajo que en apariencia no tienen riesgos no de accidentes ni de enfermedades profesionales. No se cuenta con estadísticas (al menos no conocidas), pero no resultaría extraño comprobar que si es que existe un sector en el que el incumplimiento del RSST es particularmente alto es justamente en aquellos centros que en apariencia no tienen o mantienen riesgos para sus trabajadores.

De hecho se ha señalado que “(...) tradicionalmente se ha pensado que el trabajo de oficina y venta es limpio, fácil y seguro. Aunque en estos campos son poco frecuentes los accidentes graves que pongan en peligro la vida, hay riesgos laborales que reducen la calidad de vida y en algunos casos producen enfermedades graves e incluso la muerte (...)”⁽³⁾. Estos riesgos dependen de diversos factores, los que van desde la modalidad de contratación que los trabajadores puedan tener (se señala por ejemplo que la temporalidad de la contratación genera una situación negativa en los trabajadores⁽⁴⁾), el sexo de los trabajadores para determinado tipo de trabajos (las mujeres que laboran en oficinas o comercios duplican en enfermedades coronarias a las que son amas de casa⁽⁵⁾), de la forma en que un centro de trabajo ha sido

(3) LEVENSTEIN, Charles; ROSEMBERG, Beth y HOWARD, Ninica. “Naturaleza del trabajo en oficinas y comercios”. En: *Oficinas y Comercios Minoristas* N° 99, publicación del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio e Inmigración, p. 2 (el texto se puede encontrar en: <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/sid/servicio/enciclop/tomo3/99.pdf>>).

(4) Es el caso, por ejemplo del estudio titulado “Efectos de la temporalidad sobre la formación recibida durante el empleo”, elaborado por Antonio Caparrós Ruiz, María Lucía Navarro Gómez y Mario Rueda Narváez. El texto puede ser encontrado en: <<http://www.asepelt.org/ficheros/File/Anales/2004%20-%20Leon/ponencias/Caparrós%20Navarro%20y%20Rueda.doc>>.

(5) Información tomada de LEVENSTEIN, Charles; ROSEMBERG, Beth y HOWARD, Ninica. “Naturaleza del trabajo en oficinas y comercios”. En: *Oficinas y Comercios Minoristas* N° 99, publicación del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio e Inmigración, p. 2 (el texto se puede encontrar en: <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/sid/servicio/enciclop/tomo3/99.pdf>>).

acondicionado o preparado, de las condiciones respecto de las cuales están acondicionadas las oficinas o de las forma en que determinados trabajos son cumplidos.

De acuerdo a ello, a continuación se realizará una breve relación de riesgos que pueden presentarse en las oficinas (o, como lo hemos denominado, centros de trabajo aparentemente no riesgosos).

1. La atmósfera interior de las oficinas⁽⁶⁾

El sistema hermético que actualmente tienen muchas oficinas permite la acumulación de productos químicos, humo del tabaco, presencia de micro organismos (hongos y bacterias) que se encuentran y transmiten a través de los circuitos de ventilación hace que quienes desarrollan labores en dichos ambientes estén altamente expuestos a padecer diversas enfermedades.

Situaciones aparentemente tan inocentes como el sistema de aire acondicionado genera diversas enfermedades relacionadas con las épocas invernales. Esa situación además, dado el ambiente hermético, tienden a tener un efecto multiplicador entre los ocupantes (un caso típico es, por ejemplo, la denominada enfermedad del legionario, o Neumonía por Legionela o Fiebre de Pontiac, que es transmitida por los sistemas de aire acondicionado).

A estas situaciones que se presentan en estos ambientes herméticos o cerrados se le llama el “síndrome del edificio enfermo”, situación que además puede tener variantes: los temporalmente enfermos, que resultan ser los nuevos o recientemente remodelados, y en los que los productos químicos provenientes de los materiales de construcción pueden generar problemas; y los permanentemente enfermos, que son los que mantienen esos problemas pese al transcurrir del tiempo y a los esfuerzos por eliminar esos problemas.

Pese a todos los problemas que pueden ser encontrados, contradictoriamente la implementación de oficinas en esos denominados ambientes herméticos resultan ser cada vez más comunes hoy en día.

2. Riesgos ergonómicos

Desde un punto de vista amplio, la ergonomía “(...) se podría definir como la *ciencia que estudia las características, necesidades, capacidades y habilidades de los seres humanos, analizando aquellos aspectos que afectan el diseño de productos o procesos de producción*. Con ella se pretende adaptar los productos, tareas, herramientas y los espacios a las necesidades de las personas con la finalidad de mejorar la seguridad y bienestar de consumidores, usuarios o trabajadores”⁽⁷⁾.

(6) Más información puede ser encontrada en <http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272005000200015&script=sci_arttext> y en <http://www.mtas.es/Insh/ntp/ntp_289.htm>.

(7) MORENO CALIZ, Susana. “Ergonomía”. En: GARCIA NINET, José Ignacio, y otros. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*. Editorial Atelier, primera edición, enero 2002, p. 765.

La misma Moreno Caliz señala que la ergonomía implica adaptar el ambiente de trabajo al hombre, para lograr una situación de confort y de eficacia productiva⁽⁸⁾.

¿Cuáles son los problemas ergonómicos que se pueden presentar?

Se podría mencionar que los actuales sistemas laborales implementados hacen en muchos casos que los trabajadores sean más reiterativos (por ejemplo el que cumplen los encargados de sacar fotocopias).

Existen prácticas laborales que pueden llegar a provocar el denominado estrés musculoesquelético, generado por efectuar alguna carga violenta durante el desarrollo del trabajo, normalmente además durante la realización de trabajos repetitivos⁽⁹⁾.

Se tiene también al personal que trabaja en caja de los bancos, que al estar expuestos a mayor actividad en las extremidades superiores sufren de tendinitis, tenosinovitis (engrosamiento del recubrimiento alrededor de los tendones de los dedos que resulta en una condición llamada tenosinovitis estenosante o dedo en resorte) y del síndrome del túnel carpiano (lesión ocasionada por la compresión de un nervio, común en quienes utilizan mucho sus manos para trabajar)⁽¹⁰⁾.

Vemos con ello como en la generalidad de los casos, lejos de buscar adaptar el ambiente de trabajo al trabajador, es finalmente este quien debe acomodarse al ambiente previamente establecido como ambiente de trabajo por su empleador. Solamente a manera de ejemplo nos preguntamos cuantas oficinas están acondicionadas para recibir a trabajadores zurdos; y cuando señalamos si se encuentran acondicionadas para recibir a trabajadores zurdos nos referimos a aspectos tan elementales como el diseño de los escritorios, la maquinaria utilizada (las guillotinas para cortar papel, y hasta la ubicación de los teléfonos resultan ser un típico ejemplo) y hasta los ratones (mouses) de las computadoras.

3. Empleos de oficina

Bajo este rubro encontramos básicamente al denominado “trabajo de cuello blanco”, para referirse a aquellos trabajadores que laboran en oficinas⁽¹¹⁾, y que normalmente hace pensar que los centros de trabajo (oficinas) son ambientes limpios y seguros.

(8) MORENO CALIZ, Susana. “Ergonomía”. En: GARCIA NINET, José Ignacio, y otros. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*. Editorial Atelier, primera edición, enero 2002, p. 766.

(9) Mayores detalles pueden ser vistos en <<http://www.mtas.es/insht/encoit/pdf/tomo1/6.pdf>>.

(10) La descripción completa puede ser vista en <<http://www.senec.org/tunel.htm>>.

(11) A manera de comentario, en Alemania existe el denominado The German White-Collar Employees' Union (Deutsche Angestellten-Gewerkschaft-DAG), que agrupa a tecnócratas de alto nivel o encargados de oficinas privadas. Más información sobre dicha agrupación puede ser encontrada en <http://www.germanculture.com.ua/spanish/library/facts/es_bl_labour_unions.htm>.

Sin embargo, más allá de los riesgos ergonómicos (a los que ya nos hemos referido), se generan accidentes más obvios que están normalmente relacionados a los accidentes profesionales.

Sin duda tenemos el típico ejemplo de las escaleras, que pueden ocasionar caídas de parte de los trabajadores. Sin embargo no son los únicos riesgos.

En ese sentido tenemos suelos resbaladizos, tropezones con cables eléctricos, golpes con cajones abiertos de archivadores, lesiones ocasionadas por el traslado de objetos pesados (cajas de papel o muebles). Dentro de este mismo tipo de accidentes tenemos los cortes con papel al manipular carpetas o files.

Las tecnologías modernas (computadoras) han creado un nuevo tipo de patrón de problemas como traumas en los miembros superiores del cuello, inflamación de los músculos y articulaciones por el uso prolongado de pantallas, lesiones lumbares por permanecer mucho tiempo sentados, fatiga visual, dolores de cabeza.

Con la tecnología moderna, y el masivo uso de aparatos que funcionan a través de la energía eléctrica, los centros de trabajo se encuentran expuestos a la eventualidad de un incendio.

Inclusive aspectos tan desapercibidos como la combinación de ruidos causados por las fotocopiadoras, impresoras, teléfonos, etc., que pueden llegar a superar los cincuenta (50) decibelios⁽¹²⁾.

4. El incremento de trabajadoras mujeres

Dado en incremento de las trabajadoras mujeres en general, esta situación no ha sido ajena a los centros de trabajo aparentemente no riesgosos, y con ello se han presentado algunos problemas que las afectan.

Tenemos en primer lugar (y hay que aclarar que de problema nada tiene que ver) la posibilidad de un embarazo. Esta situación hace que se tomen medidas de protección especial con la trabajadora embarazada, y la razón resulta obvia: no es solamente con el objeto de protegerla de la eventualidad de un accidente o de una enfermedad que pudiera adquirir como consecuencia del cumplimiento de sus funciones; es además necesario protegerla en tanto resulta ser “portadora de vida”⁽¹³⁾. Esto pasa, en lo inmediato, por evitarles trabajos en donde eventualmente la trabajadora pudiera estar expuesta a situaciones radioactivas, o mucho tiempo de pie, entre otras.

(12) Un interesante trabajo sobre este tema puede ser encontrado en <http://www.mtas.es/insht/ntp/ntp_503.htm>.

(13) GARCIA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arántzazu. “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos”. En: GARCIA NINET, José Ignacio y otros. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*. Editorial Atelier, primera edición, enero 2002, p. 218.

Del mismo modo se tiene la falta de comunicación de las mujeres directivas, o el conflicto que tienen estas con sus obligaciones familiares⁽¹⁴⁾, situaciones que inevitablemente generan estrés laboral (aspecto al que nos referiremos de manera específica en el punto siguiente).

Inclusive hay que atender a aspectos tan difícilmente tratados en legislaciones como la nuestra (pese a existir regulación expresa) como los casos de hostigamiento sexual, que generan situaciones de estrés y tensión al interior de los centros de trabajo, en especial en las mujeres que padecen este tipo de agresiones (no denunciadas ya sea por vergüenza, o por que ello implica enfrentarse al sistema).

4. El estrés laboral

El estrés laboral “es un problema social y de salud pública que afecta el bienestar y la productividad del trabajador, y responde a la insatisfacción que se genera en el desarrollo de la labor profesional”⁽¹⁵⁾.

Las razones del estrés son diversas. Podemos mencionar a manera de ejemplo el desempeño laboral (referido al trabajo con alto grado de dificultad), la dirección (referido al liderazgo inadecuado o a la incorrecta utilización de las capacidades del trabajador), la organización y función (referido a las prácticas administrativas inadecuadas), las tareas y actividades (referidas a la carga de trabajo excesiva), el medio ambiente de trabajo (referido a las condiciones físicas laborales inadecuadas), la jornada laboral (referida a las jornadas excesivas), entre otras⁽¹⁶⁾.

Las consecuencias del estrés laboral resultan más que obvias. Además de la disminución del rendimiento, se tiene la fatiga, la pérdida de atención entre otros.

5. Actos de violencia

Estos están básicamente referidos a los trabajadores que cumplen funciones de atención al público, tales como los cajeros de bancos o los trabajadores de los call centres, que están expuestos a agresiones verbales y hasta físicas del público usuario.

Sin duda existen más casos, pero hemos querido hacer una pequeña presentación de las enfermedades y de los accidentes que se pueden presentar en este tipo de centros de trabajo. Del mismo modo, no hemos pretendido efectuar un listado de posibles riesgos que se pueden presentar al interior de un centro de trabajo aparentemente no riesgoso.

(14) El problema ha sido extensamente tratado por CHINCHILLA, Nuria; LEON, Consuelo; TORRES, Elizabeth; y CANELA, Miguel Angel, en el texto “Frenos e impulsores en la trayectoria profesional de las mujeres directivas”, Centro Internacional Trabajo y Familia de la Universidad de Navarra, Documento de Investigación N° 632, mayo 2006. El texto puede ser encontrado en <<http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0632.pdf> .

(15) “Análisis del estrés laboral”. En: *Análisis Laboral*, N° 230, año XVII, junio de 2008, p. 31.

(16) El listado completo puede ser encontrado en “Análisis del estrés laboral”. En: *Análisis Laboral*, N° 230, año XVII, junio de 2008, p. 32.

Existen otros muchos factores o causas de problemas (tanto enfermedades profesionales como accidentes de trabajo) en este tipo de centros de trabajo. No hemos limitado a mencionar aquellos que pueden resultar más frecuentes, y que en una búsqueda en textos o en Internet, son los que más fácilmente serán encontrados.

Con ello vemos como la implementación de un sistema de seguridad y salud en el trabajo en lo que para efectos del presente trabajo hemos denominado centros de trabajo aparentemente no riesgosos es fundamental.

La aplicación del RSST, por lo tanto, no solamente es obligatoria sino además necesaria. Recordemos que al iniciar este trabajo señalamos como legalmente el RSST resultaba aplicable a todos los sectores económicos sin excepción. Ahora, habiendo llegado al final del mismo esperamos haber sustentado debidamente cuál es la importancia de la implementación de dicha norma, y como de no hacerlo, implicaría en la práctica exponer a los trabajadores de un determinado centro de trabajo.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo se busca lograr que las relaciones laborales se desarrollen en un ambiente seguro y saludable, y que el empleador garantice en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores. Hay que recordar que así no exista un riesgo aparente, el riesgo laboral implica la probabilidad de padecer (o en todo haber tenido) una lesión, una enfermedad, un daño, o inclusive una patología, originada en la relación laboral que el trabajador afectado con esa lesión, enfermedad, daño o patología haya podido sufrir, o de hecho haya sufrido, al margen de la gravedad de la misma.

Existe la creencia que las empresas que de manera aparente no generan riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud de sus trabajadores, entienden que no están obligadas a implementar sistemas de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo se ha visto como las disposiciones legales que regulan el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo se aplican a todos los sectores económicos, y comprenden a todos los empleadores y los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada a nivel nacional. Pese a que en apariencia el trabajo de oficina no genera riesgos, en realidad, por las mismas características que tienen, dicha labor resulta generando riesgos de accidentes de trabajo e incluso de enfermedades profesionales.

Los riesgos en las oficinas pueden provenir de diversas fuentes, pudiendo ser generados por los ambientes herméticos en los que se desarrollan los centros de trabajo, los factores ergonómicos, y hasta factores psicológicos como el estrés laboral o los casos de hostigamiento sexual que se pueden presentar.

De allí que sea de suma importancia que se asuma la importancia de asumir las oficinas como centros de trabajo en los que también existen riesgos de accidentes

de trabajo y enfermedades profesionales. Esa es la razón por la que las normas sobre seguridad y salud en el trabajo resultan de plena y absoluta aplicación para los centros de trabajo aparentemente no riesgosos.

Ahora bien, más allá de la obligación legal, se trata de lograr generar conciencia de la importancia de implementar sistemas de seguridad y salud en el trabajo, como una forma de lograr el establecimiento de trabajos en ambientes seguros.

BIBLIOGRAFÍA

1. Análisis Laboral, N° 230, año XVII, junio de 2008.
2. CAPARRÓS RUIZ, Antonio y Navarro Gómez, María Lucía. “Efectos de la temporalidad sobre la formación recibida durante el empleo”, en <<http://www.asepelt.org/ficheros/File/Anales/2004%20-%20Leon/ponencias/Caparrós%20Navarro%20y%20Rueda.doc>>
3. Chinchilla, Nuria; León, Consuelo; Torres, Elizabeth; y Canela, Miguel Angel. “Frenos e impulsores en la trayectoria profesional de las mujeres directivas”, Centro Internacional Trabajo y Familia de la Universidad de Navarra, Documento de Investigación N° 632, mayo 2006. El texto puede ser encontrado en <<http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0632.pdf>> .
4. Levenstein, Charles; Rosemberg, Beth y Howard, Ninica. “Naturaleza del trabajo en oficinas y comercios”, en Oficinas y Comercios Minoristas N° 99, publicación del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio e Inmigración, texto que se puede encontrar en <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/sid/servicio/enciclop/tomo3/99.pdf>> .
5. Moreno Caliz, Susana. “Ergonomía”, en García Ninet, José Ignacio, y otros, “Manual de Prevención de Riesgos Laborales”, Editorial Atelier, Primera Edición, enero 2002.
6. Oficina Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/Themes/Safety_and_Health_at_Work/lang—es/index.htm> .
7. Oficina Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/spanish/download/s000013.pdf>> .
8. Oficina Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/global/Themes/Safety_and_Health_at_Work/lang—es/index.htm> .

RIESGOS PARA LA SALUD DERIVADOS DE LA LABOR DE ESTIBA Y DESESTIBA DE LOS TRABAJADORES AEROPORTUARIOS QUE JUSTIFICA UNA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Javier Ricardo Dolorier Torres^()*

INTRODUCCIÓN

En los diversos sectores de la actividad económica de nuestro país existen labores altamente intensivas que, por su específica naturaleza, generan un mayor o menor riesgo respecto a la vida y salud de los trabajadores que las desempeñan. Uno de los casos más emblemáticos es la manipulación manual de cargas, que es una tarea muy frecuente en muchos sectores de actividad, tanto en el sector industria como en el de servicios, la misma que se constituye como un tipo de labor de riesgo en la cual necesariamente se utiliza mano de obra que no requiere de mucha calificación.

Al respecto, diversas legislaciones internacionales, principalmente la española, se han ocupado de regular las labores intensivas de riesgo para la vida de los trabajadores, toda vez que existe una preocupación constante porque estos conserven su salud en un buen estado, sin verse afectados por enfermedades que puedan causarles graves estragos respecto a sus capacidades motrices.

Como puede advertirse, a pesar de la gran importancia que conceden las legislaciones extranjeras a la salud de toda persona, y que nuestra propia Constitución Política de 1993 consagra en su artículo 7 el derecho de todo ser humano a la

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Universidad de Lima y la Academia de la Magistratura. Socio de Gálvez & Dolorier Abogados.

protección, promoción y defensa de la salud, en nuestro país no se ha legislado de forma precisa respecto de aquellas actividades indiscutiblemente riesgosas para la integridad física de los trabajadores, quienes, tal como hemos referido, pueden verse seriamente afectados por su desempeño en el día a día, tomando en consideración que las lesiones tendrán mayor gravedad mientras mayor sea el tiempo de exposición a la realización de estos tipos de trabajo.

Evidentemente, dada la frecuencia con que las empresas requieren la realización de trabajos de riesgo, resulta indispensable la regulación de toda actividad laboral que suponga un riesgo para la vida y lesiones en la salud de los trabajadores que las practiquen, a fin que estas labores se realicen únicamente por un tiempo determinado de servicios, mediante el cual no se les causen a futuro lesiones irreversibles que puedan devenir en una incapacidad permanente. Así pues, se encuentra acreditado científicamente que toda labor de carga y descarga implica necesariamente una afectación directa en la fisonomía de los seres humanos, causando serias repercusiones, que a corto plazo se evidencian en enfermedades, mayormente de tipo lumbar, que podrían devenir en una incapacidad permanente de estos trabajadores, por la que se encontrarían imposibilitados de poder ejercer trabajo alguno a futuro.

El objeto de la presente ponencia consiste en identificar las repercusiones físicas de la realización de las labores de estiba y desestiba, específicamente para las personas que realizan estas labores en los aeropuertos, hecho que determina un mayor desgaste y menoscabo en su integridad física lo que, aunado al paso del tiempo, trae como consecuencia, un agravamiento en la condición física de los trabajadores que podría acarrear como consecuencia futura que se vean imposibilitados de trabajar, además del hecho indudable que una labor y rendimiento deficiente que puede causarle perjuicios a la empresa o a terceros.

I. CONDICIONES EN QUE SE DESARROLLAN LAS LABORES DE ESTIBA Y DESESTIBA

El trabajo de estiba y desestiba realizado en los aeropuertos tiene como finalidad general transportar la carga contenida en los aviones comerciales así como el equipaje de los pasajeros de los mismos. Así pues, las empresas dedicadas a la referida actividad tienen a su cargo la prestación de diversos servicios, de los cuales podemos mencionar aquellos que se prestan al recibir, controlar y supervisar el equipaje de los pasajeros de los vuelos y trasladarlos; así como recibir la carga en la rampa del aeropuerto, trasladarla al terminal para luego recepcionarla en los almacenes, y finalmente entregarla al cliente.

Ahora bien, como hemos manifestado, las labores de carga respecto de cualquier tipo de objetos generan evidentemente una afectación a la salud de los trabajadores, siempre que se realice durante un periodo prolongado y constante. Adicionalmente, si tomamos en consideración las características específicas de realizar la actividad de carga en un Aeropuerto, puede advertirse que, por las condiciones en

que se presta este servicio, se estaría sometiendo a los sujetos que lo realizan a una combinación de temperaturas extremas, altos índices de ruido, contaminación ambiental y vibraciones ultrasónicas y alta presencia de gases provenientes del combustible aeronáutico y de partículas microscópicas de caucho provenientes de las pistas de aterrizaje.

De lo expuesto, podemos anotar que la actividad de carga y descarga por si misma genera un perjuicio en la salud de los trabajadores que prestan estos servicios. En este sentido, si las condiciones y el lugar donde laboran no son las óptimas dada la contaminación, dicho detrimento se acelerará propiciando un bajo rendimiento y serios problemas fisiológicos que con el paso del tiempo serían irreversibles. Es por estos motivos que los aeropuertos constituyen lugares de trabajo que pueden representar riesgos para la salud de los trabajadores o agotamiento prematuro de su capacidad laboral.

1. Forma de prestación de servicios: Postura y jornada.

Sobre el particular, es preciso mencionar que, de conformidad con lo estipulado por el Convenio 127 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las labores de estiba y desestiba ejecutadas por los trabajadores se conocen con la expresión “transporte manual y habitual de carga”, lo que importa una actividad realizada por los trabajadores de forma continua y principal.

Si bien el artículo 5 de la recomendación N° 128 de la OIT⁽¹⁾ establece que todo empleador debe tomar las medidas necesarias para que en el transporte manual de carga que no sea ligera, los trabajadores reciban previamente la formación mínima e indispensable respecto a los métodos que debe observar con la finalidad de proteger su salud y evitar posibles accidentes; en la práctica siempre existirá una afectación a la salud del trabajador a pesar que se observen las normas mínimas de seguridad, toda vez que, necesariamente ejecutará labores de carga pesada. Así pues, en la formación de los trabajadores dedicados a labores de carga, las diversas empresas los instruyen con métodos para levantar, colocar, descargar y almacenar los bienes que contienen los aviones por un tiempo prolongado. No obstante ello, dichas medidas no excluyen las posibilidades de que los trabajadores contraigan enfermedades lumbares serias que lleguen a afectar sus capacidades motrices de forma permanente.

Adicionalmente, es de conocimiento que el peso máximo que puede ser transportado manualmente por un adulto del sexo masculino es de 55 kilogramos, y en caso se supere ese límite, se adoptarán medidas rápidamente para reducirlo al referido nivel. Sin embargo, debemos reiterar que cargar dicho peso es suficiente para que, al levantarse de forma reiterada y continua durante un lapso mayor a dos

(1) RECOMENDACIÓN: R128, “Recomendación sobre el peso máximo”, adoptado el 28 de junio de 1967, en la ciudad de Ginebra

años, se generen graves secuelas físicas a los trabajadores, las cuales podrían llegar a ser irreparables.

Para el caso de los trabajadores aeroportuarios, estos realizan una jornada de ocho horas diarias dentro de las cuales pueden llegar a cargar un promedio de entre 10 y 20 Toneladas diarias, peso excesivo a los estándares internacionales⁽²⁾. Para dicho fin, al contratarlos, el empleador los instruye y capacita de tal modo que puedan conocer todas aquellas medidas de seguridad que deben observar para levantar cargas pesadas evitando riesgosos accidentes. En tal sentido, para la carga de objetos que no superen los 25 kilogramos de peso, estos podrán ser movilizados manualmente, pero observando una postura lo suficientemente adecuada como para evitar graves daños lumbares o musculares, es decir, que la carga debe estar pegada al cuerpo, a una altura comprendida entre los codos y los nudillos.

Así, los trabajadores deberán observar ciertas recomendaciones, tales como no superar el peso máximo, la postura y la posición en que se coloca la carga. Como señala el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España: “Un factor fundamental en la aparición de riesgo por manipulación manual de cargas es el alejamiento de las mismas respecto al centro de gravedad del cuerpo. En este alejamiento intervienen dos factores: la distancia horizontal (H) y la distancia vertical (V), que nos darán las “coordenadas de la situación de la carga. Cuanto más alejada esté la carga del cuerpo, mayores serán las fuerzas compresivas que se generan en la columna vertebral y, por lo tanto, el riesgo de lesión será mayor”.⁽³⁾

Asimismo, se entrena a los trabajadores a fin que tengan conocimiento respecto a la forma de asir la carga, dependiendo si esta es redonda, lisa o resbaladiza. De igual forma, para el caso del transporte de la carga, se recomienda que no sea mayor a 1 metro; sin embargo, en la práctica dicho tramo comprende distancias mayores, que suponen un mayor esfuerzo físico por parte del trabajador que le producirá un gran desgaste.

En lo que respecta al tamaño de la carga, suele indicarse a los trabajadores de estiba y desestiba la conveniencia de que el ancho de la carga no exceda el de sus hombros, y con la profundidad no deberá superar los 50 centímetros. De igual modo, se recomienda a estos trabajadores evitar movimientos bruscos o inesperados al transportar cierta carga, así como los giros, toda vez que en dichos casos se producen mayormente las referidas lesiones dorsolumbares. Con relación a la postura, resulta indispensable que el trabajador se encuentre estable, de lo contrario podría perder el equilibrio ocasionando un serio daño en su persona.

-
- (2) “Salud ocupacional en el trabajo de estiba: los trabajadores de mercados mayoristas de Huancayo, 2006”. Dirección Ejecutiva de Medicina y Psicología del Trabajo, Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud, Instituto Nacional de Salud. Lima, Perú. a) Liliana Vigil–Psicóloga; b) Rita Gutiérrez–Tecnóloga médica; c) Walter Cáceres–Médico; d) Héctor Collantes–Médico traumatólogo.
- (3) Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo; Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas; Madrid, p. 24.

Sobre las medidas de seguridad a ser tomadas en consideración por las empresas dedicadas a prestar servicios aeroportuarios de carga y descarga, lo principal es que todos sus trabajadores cuenten con diversos equipos de protección (gafas, máscaras, guantes, faja lumbar, calzado estable, con soporte adecuado y suela no deslizante).

Ahora bien, resulta importante manifestar que las diversas recomendaciones sobre labores de carga realizadas por los trabajadores, buscan evitar al máximo que estos mismos transporten objetos cuyo peso sea excesivo, estableciéndose que para el caso que se superen los 25 kilogramos, el personal deberá buscar soporte en diversos medios o equipos mecánicos que faciliten y reduzcan las fuerzas de empuje y tracción, tales como las carretillas y carros, las mesas elevadoras, carros de plataforma elevadora y cajas y estantería rodantes.

Estas medidas de seguridad han sido promovidas en España mediante el Real Decreto N° 487-1997 de fecha 14 de abril de 1997⁽⁴⁾:

“Artículo 3. Obligaciones generales del empresario

El empresario deberá adoptar las medidas técnicas u organizativas necesarias para evitar la manipulación manual de las cargas, en especial mediante la utilización de equipos para el manejo mecánico de las mismas, sea de forma automática o controlada por el trabajador.

Cuando no pueda evitarse la necesidad de manipulación manual de las cargas, el empresario tomará las medidas de organización adecuadas, utilizará los medios apropiados o proporcionará a los trabajadores tales medios para reducir el riesgo que entrañe dicha manipulación. A tal fin, deberá evaluar los riesgos tomando en consideración los factores indicados en el Anexo del presente Real Decreto y sus posibles efectos combinados”.

De lo expuesto, podemos advertir que existe una regulación internacional que busca cautelar la salud de los trabajadores que desempeñan la presente labor, buscando mitigar la exposición del daño causado por la carga y descarga en el corto plazo; sin embargo, como hemos referido, el daño siempre existirá, pero en razón al tiempo de sometimiento a la presente actividad puede ser reversible o no.

De otro lado, en cuanto a nuestra legislación nacional, es preciso manifestar que sí se ha regulado de forma extensa el aspecto de la salud y las medidas de seguridad que deben observarse en todo centro laboral en que se realicen actividades de estiba y desestiba manual. Sin embargo, ambas normas no toman en consideración que, si bien pueden tomarse medidas de seguridad al desempeñarse en las labores de estiba, dichas medidas no evitarán que se generen daños irreversibles en

(4) REAL DECRETO 487/1997, de 14 de abril sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares para los trabajadores.

la salud de sus trabajadores. En virtud de ello, resulta indispensable contar con una legislación que, tomando en consideración la práctica de labores de estiba y desestiba en periodos prolongados prescriba un plazo determinado y razonable de duración de estos contratos.

2. Desgaste físico de los trabajadores como consecuencia de las labores que realizan.

Sobre el particular, resulta preciso iniciar el presente extremo aludiendo a la definición de “carga” como “cualquier objeto susceptible de ser movido. Incluye esto tanto la manipulación de personas, animales u objetos. Se consideran también cargas los materiales que se manipulen, por ejemplo por medio de una grúa u otro medio mecánico, pero que requieran aún del esfuerzo humano para moverlos o colocarlos en su posición definitiva”⁽⁵⁾.

La manipulación de carga de diversa índole trae como consecuencia manifestaciones negativas en el organismo de los trabajadores, tales como fatiga física, fracturas, cortes o lesiones que se pueden producir tanto de forma inmediata, como por la acumulación de pequeños traumatismos. Las lesiones más frecuentes se producen en los miembros superiores y la espalda, en especial, a nivel dorso-lumbar. Estas últimas pueden causar alteraciones discales o incluso fracturas vertebrales por sobreesfuerzo.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) afirma que la manipulación manual es una de las causas más frecuente de accidentes laborales, en tanto constituye un 20 o 25 % del total de los accidentes producidos⁽⁶⁾. Por otra parte, un estudio realizado por el National Safety Council en EE.UU, pone de manifiesto que la mayor causa de lesiones laborales (31%), fueron los sobreesfuerzos. La espalda fue la parte del cuerpo más frecuentemente lesionada (22% de 1.7 millones de lesiones)⁽⁷⁾. Adicionalmente en España, la mayor causa de accidentes de trabajo en el periodo 1994-95 se debió a los sobreesfuerzos a que se ven sometidos los trabajadores de carga. Un 21.1% de los accidentes de trabajo fueron causados también por sobreesfuerzo y un 8.9% de los accidentes fueron lumbalgias⁽⁸⁾.

En cualquier caso, en la manipulación manual de cargas interviene el esfuerzo humano, tanto de forma directa (subir, bajar, colocar) como indirecta (arrastrar, tirar de ella, empujar o levantar con una palanca). También se considera manipulación manual de carga el transportar o mantener la carga alzada, incluyendo la sujeción con las manos o con otras partes del cuerpo como la espalda, y lanzar la carga de una persona a otra. Al respecto, cabe agregar, que inclusive la manipulación de una carga que pese más de 3 kilogramos, manipulado en condiciones desfavorables

(5) <<http://www.svmst.com/Revista/N5/cargas.htm>

(6) Ob. cit., Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, p. 9.

(7) Ibid., p. 9.

(8) Ibid., p. 9.

(alejada del cuerpo, con posturas inadecuadas, en condiciones ambientales desfavorables, con suelos inestables, etc.), puede entrañar un potencial riesgo dorsolumbar para todo ser humano. En cambio, la carga cuyo peso sea mayor a 25 kilogramos de forma continua, constituye per se un riesgo en sí misma, aun cuando no existan condiciones desfavorables que podrían causar perjuicios al trabajador en el desempeño de su actividad.

En tal sentido, resulta evidente que toda actividad manual de carga llevada a cabo de forma continua y permanente constituye un riesgo para la vida y la salud de todo ser humano, que podría propiciar daños severos, irreversibles o de difícil y larga curación. Así, “una frecuencia elevada en la manipulación manual de las cargas puede producir fatiga física y una mayor probabilidad de sufrir un accidente al ser posible que falle la eficiencia muscular del trabajador”.⁽⁹⁾

Lo expuesto atañe a las consecuencias producidas por la realización de labores de estiba y desestiba en cualquier ámbito, sin embargo, estas se agravan cuando los trabajadores realizan estas labores en los aeropuertos, en tanto que esta categoría de trabajadores es propensa a sufrir de la hipoacusia, típica de la actividad aeroportuaria, debido a los altísimos niveles de ruido y vibraciones ultrasónicas, así como enfermedades derivadas de los gases emitidos por el combustible de las turbinas y motores de aeronaves y las derivadas de la suspensión en el aire de millones de micro-partículas de caucho que se desprenden de las aeronaves en las maniobras de aterrizaje y despegue. El ruido excesivo en los aeropuertos es, sin duda, uno de los principales factores causantes de hipertensión, enfermedades cardíacas, stress y disturbios fisiológicos y psicológicos entre quienes desarrollan tareas en los mismos, así como entre los usuarios en general.

Entre otros efectos destacados por los expertos en esta temática, debe recordarse que la excesiva exposición al ruido ejerce un efecto destructivo en el oído, a través del daño irreparable que se produce sobre las células que transmiten el sonido del oído al cerebro, pudiendo causar la sordera parcial o total, y afectando severamente el sentido del equilibrio. El ruido ensordecedor provoca también la contracción de las venas, el aumento del colesterol en la sangre y la saturación de adrenalina en el sistema sanguíneo. La combinación de estos factores genera trastornos cardíacos. Adicionalmente, el ruido combinado en los aeropuertos con las vibraciones ultrasónicas producidas por las turbinas, tiene también efectos negativos sobre la salud mental, pudiendo ser responsable de fatiga, stress y dificultades en la comunicación y el habla.

Otro factor determinante de los accidentes y enfermedades típicas de la actividad aeroportuaria es la carga excesiva de peso de equipos, equipajes y herramientas. En dicho sentido, de conformidad con diversos expertos en la materia, los factores de contaminación ambiental también pueden ejercer un efecto negativo

(9) Ob. cit., Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, p. 27.

sobre la salud de quienes trabajan, utilizan o habitan cerca de los aeropuertos. En virtud a lo expuesto, resulta indiscutible que la manipulación manual de cargas per sé constituye un daño a la vida y salud de los trabajadores, siendo que los niveles del daño podrían ser ínfimos o casi nulos siempre que la actividad no se practique por un lapso prolongado.

3. Implicancias médicas producto del trabajo manual de carga y descarga

Como puede advertirse de los puntos precedentes, la legislación que más se ha ocupado de regular la seguridad para el caso de los trabajadores de carga y descarga es la española, la misma que de una forma u otra busca aminorar el grave daño que pueda causárseles. Es así que, mediante el anexo del mencionado Real Decreto 487-1997 de fecha 14 de abril, se establece que la carga deberá contar con ciertas características:

“La manipulación manual de una carga puede presentar un riesgo, en particular dorsolumbar, en los casos siguientes:

- Cuando la carga es demasiado pesada o demasiado grande;
- Cuando es voluminosa o difícil de sujetar;
- Cuando está en equilibrio inestable o su contenido corre el riesgo de desplazarse;
- Cuando está colocada de tal modo que debe sostenerse o manipularse a distancia del tronco o con torsión o inclinación del mismo;
- Cuando la carga, debido a su aspecto exterior o a su consistencia, puede ocasionar lesiones al trabajador, en particular en caso de golpe”.⁽¹⁰⁾

Adicionalmente, el artículo 2 del mencionado anexo prescribe que:

“Un esfuerzo físico puede entrañar un riesgo, en particular dorsolumbar, en los casos siguientes:

- Cuando es demasiado importante;
- Cuando no puede realizarse más que por un movimiento de torsión o de flexión del tronco;
- Cuando puede acarrear un movimiento brusco de la carga;
- Cuando se realiza mientras el cuerpo está en posición inestable;

(10) Anexo del Real Decreto 487/1997 del 14 de abril.

- Cuando se trate de alzar o descender la carga con necesidad de modificar el agarre.

En virtud a los párrafos precedentes, puede apreciarse que los propios legisladores españoles reconocen que efectivamente la labor de estiba supone un riesgo en la fisonomía de la persona, que podría agravarse en los supuestos contemplados. Ahora bien, tal como referimos en el punto 1.1 de la presente ponencia, toda labor de transporte manual y habitual de objetos diversos genera un desmedro en la salud de los trabajadores que podría conllevar a una incapacidad permanente que le genere serios perjuicios. Así pues, puede advertirse que las lesiones más comunes en los trabajadores dedicados a la carga y descarga de objetos diversos se agravan en función al tiempo de exposición a las labores, así como a las medidas de seguridad que se toman en consideración al levantar el respectivo peso.

Al respecto, para el caso de aquellos trabajadores que no observen las medidas de seguridad tales como el peso máximo a levantar de forma manual, la postura, el giro del tronco, la inclinación del tronco, el tamaño de la carga y los equipos de protección, y que practiquen la presente labor por periodos prolongados, serán propensos a contraer lesiones que puedan causarles daños severos e irreversibles. El manipular un fuerte peso con posturas inadecuadas o forzadas produce primordialmente lesiones musculoesqueléticas e intensos dolores lumbares.

Por trastornos músculo esqueléticos (TME) o dolencias osteomioarticulares relacionadas con el trabajo (DORT), debemos entender al grupo de disturbios en nuestros órganos inducidos por algún grado de fatiga neuromuscular debido a trabajos realizados en una posición fija o con movimientos repetitivos, principalmente de miembros superiores, caracterizados por poco tiempo de recuperación y la aparición de fatiga. Es importante destacar que estas patologías se presentan en trabajadores sometidos a esfuerzos continuados y por lo tanto vulnerables a los microtraumas y se deben a las lesiones producidas en diversas estructuras, tales como: ligamentos, tendones, sinovial, entre otros.

Cabe señalar que las personas afectadas por este tipo de lesiones no presentan un cuadro de gravedad manifiesta, es decir, no sangran y no presentan heridas, pero, en algunos casos, estas lesiones pueden provocar incapacidades o lesiones irreversibles, siendo una patología laboral tan severa en muchos casos como la de cualquier accidente de trabajo⁽¹¹⁾. Sin embargo, muchas de estas lesiones pueden a su vez ser evitadas mediante procedimientos ergonómicos en el estudio del puesto de trabajo. A continuación, a manera ilustrativa, presentamos un cuadro⁽¹²⁾ con las diversas lesiones que pueden ser presentadas por aquellos trabajadores sujetos a labores de carga:

(11) <<http://www.jmcprl.net/GLOSARIO/LESIONES%20MUSCULARES.htm>

(12) Ibid.

Región anatómica	Lesión
Flexión dedos	Dedo en gatillo
Pinzamientos dedos	Tendinitis flexores
Presión dedos	Ligamentos articulares
Abrir/cerrar fuerte mano	Tenosinovitis flex/ext
Golpear zona cubital muñeca	Neuritis cubital
Pronación antebrazo+elevar carga	Epicondilitis
Flexión brazo	Tendinitis biceps
Elevar brazo (hasta hombros)	Cervicobraquialgias
Flexión columna (en pie)	Lumbalgias, discopatías
Flexión columna (sentado)	Lumbalgias, discopatías
Giros columna	Lumbalgias, discopatías(...) etc.

Los tipos de trastornos enunciados, por los efectos que acarrearán, incrementan desmesuradamente el ausentismo laboral. Se trata, por lo tanto, de enfermedades con un alto costo social que se traduce en incapacidades parciales que podrían devenir en permanentes, así como en costosos e interminables tratamientos. Es así que los trastornos representan un elevado costo no solo para el trabajador y el sistema de salud sino también para la sociedad. Clínicamente, se ha establecido que el principal síntoma es el dolor osteoarticular y muscular, dando lugar a una evolución penosa, larga y costosa, con la consiguiente pérdida de salud y disminución de la productividad.⁽¹³⁾ Estos trastornos pueden presentarse en trabajadores que se desempeñen en las más diversas actividades; sin embargo, las características inherentes a cada una de las labores realizadas definen el tipo y la localización de la respectiva lesión.

Ahora bien, en diversos estudios de investigación de lesiones que tienen como origen la manipulación de cargas con sobreesfuerzos físicos y que impliquen movimientos repetitivos, ha quedado en evidencia la vinculación entre las posturas al realizar la correspondiente actividad, el peso y características de la carga, la repetitividad en los movimientos y los trastornos músculo-esqueléticos. Asimismo, resulta un hecho indiscutible a nivel científico, que a pesar de los avances de la tecnología y las medidas de seguridad ergonómicas establecidas para evitar los trastornos del sistema osteomioarticular (SOMA) siempre existirá un daño para la salud del trabajador, el mismo que, como venimos reiterando, se agravará en función al tiempo de sometimiento a la labor de estiba.

(13) Cueto A, Hernández R. Enfermedades del sistema músculo esquelético. En: Piédrola G, Domínguez M, Cortina P, Gálvez R, Sierra A, Sáenz MC, et al, eds.. Medicina preventiva y salud pública. Barcelona: Salvat; 1988, pp. 756-61.

En tal sentido, las lesiones son generalmente de aparición lenta y de carácter inofensivo en apariencia, por lo que se suele ignorar el síntoma hasta que se hace crónico y aparece el daño permanente. Normalmente, en la primera fase de la lesión, se manifiesta mediante dolor y cansancio durante la jornada de labores, puede durar incluso meses, pero es una etapa plenamente reversible. Sin embargo, en etapas posteriores, los síntomas no solo se presentan al realizar la actividad de carga, sino que continúan en los momentos de descanso, disminuyendo de forma evidente la capacidad del trabajador al desempeñar sus funciones, siendo probable que muchas lesiones ya no puedan revertirse, a pesar de contar con avanzados tratamientos.

Sobre el presente punto, cabe hacer referencia a lo establecido por el artículo 3 de la Ley N° 29088⁽¹⁴⁾, el mismo que manifiesta de forma clara y expresa que los esfuerzos físicos prolongados son factor de riesgo para los trastornos músculo esqueléticos:

“(…) Factores de riesgo para los trastornos músculo esqueléticos: Los esfuerzos prolongados que requieren mucha energía y movimientos repetitivos con las manos, tales como levantar, jalar, empujar o cargar objetos pesados frecuentemente, también las posiciones incómodas prolongadas y de vibración. Los trabajos o condiciones de trabajo que combinan factores de riesgo, aumentan el peligro de problemas músculo esqueléticos. **El nivel de riesgo depende de cuánto tiempo el trabajador está expuesto a estas condiciones**, cuán a menudo está expuesto y el nivel de exposición” (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, a manera de ilustrar el daño severo que puede ocasionarse en los trabajadores sometidos a actividades de carga con peso razonable, resulta de importancia referir al estudio⁽¹⁵⁾ preparado por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud, Instituto Nacional de Salud, que se realizó respecto a un grupo de 105 estibadores de papa varones, cuya edad promedio era 32,5 años.

“(…) CONDICIONES DE SALUD

Evaluación médica - traumatológica. Se evidenció en 81% engrosamiento y piosidades en las zonas de mayor contacto o fricción (hombros). De acuerdo a lo esperado por el riesgo de sobrecarga, la lumbalgia (55%), cervicalgia (11,4%),

(14) Ley N° 29088, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de los Estibadores Terrestres y Transportistas manuales; Publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de septiembre de 2007.

(15) Dirección Ejecutiva de Medicina y Psicología del Trabajo, Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud, Instituto Nacional de Salud. Lima, Perú.

a) Liliana Vigil–Psicóloga; b) Rita Gutiérrez–Tecnóloga médica; c) Walter Cáceres–Médico; d) Héctor Collantes–Médico traumatólogo.

* Este estudio formó parte de las evidencias que hicieron posible la aprobación y promulgación de la Ley N° 29088 de Seguridad y Salud en el Trabajo de los Estibadores Terrestres y Transportistas Manuales.

gonalgia (6%) y dorsalgia (4%) son frecuentes. Se encontraron adicionalmente otras patologías sin mayor implicancia (Tabla 2).

De los 94 estibadores evaluados traumatológicamente, se encontró patología (dolor y contractura más daño articulares y daño motor) en 48 (51%) trabajadores; 7(8%) presentaron incapacidad por hombro congelado y 6% discapacidad motora con capsulitis retráctil y lesión del manguito rotador, también se evidenció lesiones en la columna vertebral (Tabla 2)”.

Adicionalmente, el mencionado estudio, refiere que:

“Manipular pesos excesivos genera daños a la salud como se ha podido comprobar, 42% presentaron hiperxifosis dorsal como consecuencia directa de la forma de cargar los sacos sobre la cabeza y cuello doblado y 55% lumbalgia. **La lumbalgia genera una gran carga de morbilidad 17, es considerada como una de las dolencias más frecuentes en la población laboral (42%)**¹⁸, tanto en trabajadores administrativos (56%)¹⁹, como en mineros (78%) y **en estibadores (37,5%¹⁰–84,6%²¹)**. Las mismas características del trabajo, que generan tensión de los segmentos anatómicos específicos involucrados en la realización de las tareas y que están asociados a la alta frecuencia de acciones físicas con compromiso biomecánico, **el exceso de peso manipulado, la carga postural estática por periodos prolongados durante la realización de trabajo, son un riesgo que conlleva a padecer afecciones de columna lumbar**, por lo que sería necesario un programa de medidas ergonómicas para su prevención, así como capacitación en el transporte y levantamiento de carga” (resaltado es nuestro).

De lo expuesto, podemos concluir que los trabajadores sujetos a actividades de carga tales como los trabajadores aeroportuarios se encuentran expuestos a lesiones que, de realizarse en un lapso de tiempo prolongado, podrían generarles graves e irreversibles afectaciones en su salud. Cabe señalar que, a pesar que en las diversas empresas se capacita de forma adecuada al personal dedicado a la estiba respecto a las posturas imprescindibles, medidas de seguridad y riesgos a los que estos se encuentran sometidos per sé, muchas veces son los propios trabajadores quienes no observan de forma íntegra las recomendaciones impartidas, generándose mayores perjuicios. Así, muchos estibadores pueden incluso transportar cargas de peso excesivas y en posiciones inadecuadas, se arrodillan y trabajan con los brazos por encima del nivel de los hombros, mueven las manos y muñecas repetidamente, propiciando riesgos respecto de enfermedades osteoarticulares.

4. Tiempo máximo recomendable para la prestación de labores de estiba y desestiba (2 años)

Como puede advertirse de los puntos tratados, resulta un hecho objetivo e indiscutible que las labores de carga y descarga realizadas durante periodos prolongados producen lesiones irreversibles en la salud de los trabajadores que podrían

devenir en una incapacidad permanente. Al respecto, tomando en consideración los daños físicos producidos por las labores de estiba y que, en su mayoría, estos contratos son a plazo indeterminado, consideramos necesario que nuestro ordenamiento laboral regule un nuevo tipo de contrato de trabajo sujeto a modalidad mediante el cual se limite a un plazo razonable la presente actividad, de forma tal que los perjuicios ocasionados en la fisonomía de los trabajadores todavía pueda revertirse sin causarles perjuicio.

Así pues, el objetivo inmediato de esta modificación contractual a un límite predeterminado de tiempo lo constituye netamente la salud de los trabajadores y el buen desarrollo de los servicios que puedan prestar las diversas empresas del rubro, sin verse afectadas o perjudicadas de algún modo por el mal estado físico de sus colaboradores. En dicho sentido, de una simple lectura al Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, notamos que existen diversos contratos sujetos a modalidad, dentro de los cuales no encaja el presente supuesto, por lo que resultaría indispensable introducir esta nueva modalidad para el caso de aquellas actividades que impliquen per sé un esfuerzo físico considerable que pueda conllevar un perjuicio en la salud del trabajador.

Es conveniente anotar que en nuestro país, se ha postergado la creación de una regulación profunda respecto a los trabajadores dedicados a la carga, en el sentido que, tomando en consideración el detrimento en las facultades físicas de estos, se estipule un plazo máximo de duración para sus contratos. En virtud a los argumentos expuestos, y sobre la base de los diversos estudios científicos y médicos sobre la materia, somos de la opinión que los contratos de estiba/desestiba deben tener una duración máxima de dos años, tiempo razonable, en el que, los daños en la salud de los trabajadores originados por dicha labor son totalmente reversibles y superables.

II. POLÍTICAS DE PERMANENCIA DE LOS TRABAJADORES DENTRO DE LA EMPRESA.

Sobre este punto vinculado a la gestión de personal, cumplidos los dos años propuestos a fin de que se lleve a cabo la labor de estiba y desestiba, el vínculo laboral con los trabajadores deberá resolverse de forma automática, sin oportunidad de renovación de algún tipo. Así pues, esta temporalidad contractual podría perjudicar económicamente a los trabajadores, quienes probablemente se sientan desmotivados a ingresar a un puesto de trabajo en el cual no tendrán oportunidad de permanencia.

Ante ello, habiendo demostrado los severos daños y lesiones que las presentes labores ocasionan en la salud de los trabajadores, las cuales pueden ser incluso permanentes, las empresas aeroportuarias evidentemente preocupadas por la salud y buen desempeño de su personal, no mantendrán el vínculo laboral por un lapso mayor al recomendado por especialistas. En tal virtud, a fin de motivar la participación de personal en sus empresas, al iniciar su prestación de servicios se les debería

plantear una política de méritos, la cual evaluará a lo largo del vínculo laboral diversos factores, tales como el desempeño, las capacidades, las capacitaciones y el comportamiento de los mismos, siendo que, en caso su desenvolvimiento sea íntegro y favorable para la empresa, se les podría promover a ocupar algún cargo del tipo administrativo o de supervisión. Para dicho fin, las empresas deberán plantear de forma taxativa, aquellos criterios a tomarse en cuenta:

- a) **Calificaciones:** Se deberá analizar a profundidad el perfil personal y profesional del trabajador, tomando en consideración su desempeño en el trabajo bajo presión, en grupo y sus niveles de estrés. Así pues, resultará importante que el trabajador cuente con estudios escolares de primaria y secundaria completas, y de forma adicional estudios técnicos asociados al rubro de la empresa, seminarios o capacitaciones diversas que puedan haberle brindado ciertos conocimientos de la actividad aeroportuaria desarrollada. Adicionalmente se podría tomar en cuenta la experiencia laboral previa, así como las referencias que se obtengan. Por otro lado, se evaluaría su capacidad para toma de decisiones, la de trabajo en equipo, iniciativa, compromiso con la empresa, responsabilidad, probidad, honestidad, entre otros factores mayormente subjetivos.
- b) **Evaluaciones:** Los trabajadores deberán estar sujetos a evaluaciones periódicas con la finalidad de determinar su grado de capacitación y aprendizaje respecto de las medidas de seguridad y salud ocupacional que deben observar al realizar las labores. Asimismo, se tomará en cuenta su interés respecto del contenido del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa. Adicionalmente, a efectos de determinar si los trabajadores podrían acceder a un puesto de trabajo administrativo, la empresa podría seleccionar al grupo de trabajadores más destacados e impartirles cursos o seminarios de corto plazo respecto del puesto administrativo al cual podrían acceder, y, una vez finalizados, proceder a evaluar al grupo mediante diversas pruebas en las cuales puedan plasmar los conocimientos adquiridos y sus propias habilidades.
- c) **Competencias:** Resulta importante determinar los métodos de evaluación de las capacidades intelectuales que deberá tener un trabajador estibador a efectos de lograr el ascenso a un puesto administrativo. Así pues, resultará de importancia que cumpla con un perfil adecuado que será establecido por la propia empresa en función de sus necesidades. En tal sentido, la empresa determinará las competencias necesarias para un específico puesto de trabajo, con los respectivos criterios, tales como contar con las capacitaciones o especializaciones necesarias en materias vinculadas al rubro de la empresa. Finalmente, cabe precisar que los criterios a ser tomados en cuenta para la promoción del personal que supere los dos años, deberá ser establecida previamente en función a las necesidades operativas que presente la empresa a fin de sustentar el carácter eventual de los servicios que prestarían los

trabajadores estibadores y que implica la suscripción de contratos temporales de servicios.

III. PROGRAMAS DE SALIDA DE PERSONAL

Sobre este punto, consideramos que la empresa debe diseñar un esquema de capacitación permanente al personal operador que les permita acceder a un nivel de empleabilidad al finalizar su vínculo laboral con la empresa. Como hemos señalado anteriormente, los riesgos de lesiones debidos a la manipulación manual de cargas aumentan cuando los trabajadores no tienen la formación e información adecuada para realizar estas actividades de forma segura. En tal sentido, el empresario debe proporcionar la formación e información suficientes por medio de programas de entrenamiento que incluyan:

- Información respecto de los factores de riesgo presentes en la manipulación de la carga y de la forma de prevenir los riesgos que dicha manipulación puede acarrear.
- Capacitación para el uso correcto del equipo de protección individual en caso sea necesario.
- Entrenamiento respecto de técnicas seguras para la manipulación de cargas.
- Información sobre el peso máximo y tamaño de la carga.

Esto permitirá a los trabajadores mantenerse informados constantemente respecto a temas de seguridad y salud laboral, y les permitirá protegerse adecuadamente de daños severos. Ahora, si bien hemos propuesto un programa de ascensos respecto de aquellos trabajadores destacados y que cumplan con ciertos requisitos y superen las evaluaciones pertinentes, puede presentarse el caso que la empresa para la cual laboran no cuente con puestos de trabajo disponibles; no obstante ello, al contar con experiencia en materia de estiba y desestiba se encontrarán plenamente capacitados para incorporarse a otra empresa, bajo algún cargo administrativo o de supervisor de las labores de carga practicadas.

IV. MODALIDAD CONTRACTUAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES QUE REALIZAN LABORES DE ESTIBA Y DESESTIBA

Sobre el particular, es preciso manifestar que a la fecha los trabajadores dedicados a labores de carga manual son contratados, mayormente, a plazo indeterminado o mediante contratos sujetos a modalidad, de los cuales únicamente resultarían aplicables, de ser el caso, las causales de inicio o incremento de actividad, necesidades del mercado o de suplencia. Como puede advertirse, en la mayoría de los casos estos trabajadores se encuentran sujetos a contratos a plazo indeterminado, lo cual, de conformidad con las implicancias médicas mencionadas a lo largo de esta ponencia, en caso se realicen por un lapso prolongado podría causar graves perjuicios irreparables en la salud de los colaboradores de la empresa. Al respecto,

tomando en consideración el derecho a la salud consagrado por la Constitución Política de Estado y la escasa regulación a nivel de legislación nacional sobre este tema, resulta necesario proteger a los trabajadores de estiba y desestiba aeroportuaria estableciendo dentro de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral una legislación especial en materia contractual para este segmento de trabajadores.

Tal como puede observarse al revisar la legislación nacional, esta se limita a establecer medidas de seguridad para los trabajadores dedicados a labores de carga, sin lograr brindar una solución eficaz al problema principal, es decir, al daño irreversible producido por prolongados periodos de servicios.

En tal sentido, persiste la necesidad de desarrollar una política de protección a la salud de los trabajadores, no solo mediante la prevención de riesgos en su trabajo que únicamente aminoran en cierta medida la exposición al daño producido por el esfuerzo físico requerido para soportar el peso, sino que, a efectos de evitar la prestación de servicios durante un periodo prolongado que pueda acarrear lesiones irreversibles en la salud de dichos trabajadores, deberá promoverse la creación de un tipo de contrato sujeto a modalidad por un lapso máximo de dos años.

De esta forma, la regulación de esta nueva modalidad estaría dirigida a tutelar un bien jurídico supremo, es decir, la salud y la vida del trabajador. Asimismo, permitirá que las partes de la relación laboral puedan suscribir contratos temporales respecto de aquellas labores de trabajo que podrían generar algún perjuicio o deterioro irreversible y permanente en la salud del trabajador.

UNA BREVE MIRADA DEL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL PERÚ

Karla Cánova Talledo^(*)

Desde tiempos remotos la influencia de los sindicatos en el reconocimiento de los derechos laborales a nivel constitucional ha sido eminente. Así encontramos que con esa fuerza colectiva los derechos laborales han recibido un tratamiento constitucional el cual contribuye al respeto y ejercicio de los derechos de los trabajadores, en esta línea, la seguridad y salud en el trabajo no ha sido la excepción.

Atendiendo esta afirmación, desarrollamos en el presente informe el tratamiento constitucional que ha recibido la seguridad y salud en el trabajo en el Perú principalmente en las constituciones de 1979 y 1993, las cuales presentan una serie de particularidades con motivo de la influencia ideológica y social de cada uno de los periodos políticos por los que el país ha cursado en estos últimos tiempos.

I. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 VS. CONSTITUCIÓN 1993

Luego de una breve mirada por las constituciones peruanas considero importante precisar los alcances –en materia de seguridad y salud en el trabajo– surgidos primeramente en la constitución de 1979, la cual, desarrolla en forma expresa y taxativa la protección que se debe brindar a los trabajadores en el ejercicio de sus actividades, esto es, un reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad y

(*) Abogada por la Universidad de Lima. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales en la Pontificia Universidad Católica del Perú y se desempeña como Adjunta de Cátedra en el curso de Derecho del Trabajo en la misma Universidad.

salud, para posteriormente, llegar a una protección que se hace en forma más general y desde mi punto de vista ambigua, en la constitución de 1993 a partir de la cual, se genera una gran retroceso en el derecho laboral el cual no cumple con el rol protector que lo caracteriza.

- **Consideraciones generales de la seguridad y salud en la Constitución de 1979**

La carta magna de 1979 es uno de los documentos más importantes toda vez que por primera vez en la historia peruana se reconoce con rango constitucional los derechos laborales. Así, se distinguen los derechos individuales y colectivos principalmente referidos a: protección a la mujer, remuneración mínima, participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, el derecho de percibir beneficios sociales y la obligación del estado de dictar disposiciones referidas a la seguridad y salud en el trabajo.

En este escenario, se desarrollo un capítulo entero denominado “Derecho a la Salud y Seguridad Social” y otro capítulo “Del Trabajo” con lo cual se constitucionalizan los derechos sociales al trabajo, a la salud y a la seguridad social, entre otros⁽¹⁾. Sobre el particular, se estableció:

Art. 15

“Todos tienen el derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad”.

Art. 47

“Corresponde al Estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores”.

De lo transcrito anteriormente, observamos que en materia de seguridad y salud la constitución de 1979 brindaba una protección expresa, referida al derecho de la protección de la salud integral recaída en toda persona sujeto de derecho, sin embargo, esto se complementa con el Art. 47 que refiere a las medidas de seguridad y salud introduciendo de esta manera, por primera vez en la legislación nacional constitucional, la protección de los trabajadores en el ejercicio de sus actividades.

Particularmente debemos resaltar que se introduce el término “prevención” entendida según la real academia como “la preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”. Lo que contribuye a que algunos pocos empleadores se ocupen de implementar medidas que contribuyan con este fin. Precisamos que en ese entonces, la legislación nacional no había desarrollado dispositivos de aplicación común a todos los sectores, únicamente se

(1) Cfr. Varillas Vílchez, Walter. *La Constitución y el derecho a la salud*. Salud y Trabajo. Compiladora Estela Ospina. Instituto Salud y Trabajo. 1995, p. 35.

mantenía la protección en el sector industrial bajo los alcances del Decreto Supremo 42-F (1964).

Cabe anotar, que otro de los aspectos importantes de acotar de la constitución de 1979, es la introducción de términos como integridad física y mental que no habían sido considerados en las constituciones anteriores. De esto último, es fácil comprender que el empleador además debía preocuparse o implementar medidas que contribuyan con una mejor interacción entre las partes de la relación laboral, en esta línea nos referimos al mejoramiento del clima laboral, el cual debía encontrarse alejado de tratos hostiles y discriminatorios de los cuales muchos trabajadores son sujetos en los diversos sectores económicos.

Dándole este sentido y reconocimiento a la constitución de 1979, observamos también que este documento introdujo algunos principios aplicables al derecho del trabajo como es el principio protector planteado en la Constitución de Weimar de 1919, además de reconocer expresamente, los principios de igualdad de trato, indubio pro operario, irrenunciabilidad de derechos y retroactividad de las leyes en caso sean favorables a los trabajadores.

Finalmente, esta constitución implica desde un punto de vista objetivo una gran avance no solo para el derecho al trabajo sino para la introducción del derecho a la seguridad y salud al trabajo, lo que empezó a desarrollarse paulatinamente, sin embargo, no se conto con el respectivo respaldo del estado –a través del Ministerio de trabajo- con una efectiva fiscalización en los diversos centros, lo que hizo que los empleadores no implementaran las medidas de seguridad, asimismo se tipifico su exclusión en lo referido a las responsabilidades que competían ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o proliferación de una enfermedad profesional.

Para demostrar un poco los comentarios vertidos en el párrafo anterior tenemos como dispositivos dictados hasta la vigencia de la constitución de 1979 los siguientes:

Cuadro N° 1		
Normas legales en seguridad y salud dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1979		
Dispositivo	Título	Observaciones
1992-10-09	Decreto supremo núm. 023-92-EM, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad e higiene minera.	Contiene los programas de seguridad e higiene minera, enumera las condiciones de seguridad en los distintos tipos de minas y en las diferentes operaciones y labores, trata sobre los equipos de protección. Incluye disposiciones sobre el salvataje, los accidentes de trabajo, el ritmo de trabajo, las inspecciones, etc.

1992-01-22	Resolución Directoral núm. 006-92-EM-DGM, por la que se dispone que las inspecciones de seguridad e investigación de accidentes fatales dentro del campo de la minería, será de jurisdicción y competencia de la Dirección de Fiscalización Minera.	
1989-06-08	Decreto supremo núm. 013-89-SA por el que se aprueba el reglamento de organización y funciones del Instituto Peruano para el Desarrollo de la Salud.	
1988-12-20	Ley núm. 24965 por la que se modifican los artículos 12, 325 y 326 del Código de procedimientos penales.	Los antedichos artículos tratan de la instrucción por los jueces de paz de ciertos procesos por faltas contra el cuerpo y la salud que requieran asistencia facultativa o produzcan impedimento de trabajo.
1987-03-04	Resolución ministerial núm. 042-87-TR, por la que se aprueba la cartilla básica de higiene y seguridad ocupacional para inspectores de trabajo.	La cartilla que aprueba regula la función inspectiva en materia de higiene y seguridad ocupacionales de competencia de la Dirección general de inspección. Sus disposiciones son de aplicación general a las empresas industriales. Su contenido tiene los elementos siguientes: documentos obligatorios, edificios y lugares de trabajo, prevención y protección de incendios, protección personal, servicios higiénicos, servicios especiales y anexos.
1986-09-26	Decreto supremo núm. 021-86-TR por el que se dispone que quedan comprendidos en el seguro obligatorio de riesgos profesionales creado por ley núm. 24522, los periodistas profesionales, reporteros gráficos y camarógrafos, que laboren en forma permanente en empresas periodísticas, radiales, de televisión o agencias noticiosas, sujetos al régimen de la ley núm. 4916 [SL 1924–Perú 1A].	El seguro obligatorio de riesgos profesionales cubre las contingencias de invalidez total o permanente para la profesión y de muerte.
1986-06-05	Ley núm. 24522 por la que se crea el seguro obligatorio de riesgos profesionales para periodistas, reporteros gráficos y camarógrafos varones o mujeres.	
1981-11-11	Decreto supremo 025-81-TR por el que se forma una comisión especial de higiene ocupacional y medio ambiente de trabajo.	De estructura tripartita, la comisión tiene por cometido proponer la formulación, ejecución y evaluación de políticas multisectoriales de higiene, seguridad ocupacional y medio ambiente de trabajo a nivel nacional.

IV Congreso Nacional - Cusco 2010

1972-08-28	Resolución núm. 1472-72-IC-DGI por la que se publica el reglamento de los comités de seguridad e higiene industrial.	
1972-02-24	Decreto Supremo 002-72-TR por el que se dicta reglamento de aplicación del decreto-ley 18846 de 28 abril 1971 de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.	
1971-04-28	Decreto-ley núm. 18846 de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.	
1969-11-11	Resolución ministerial 396/69-IC-DGI por la cual se dictan medidas de previsión y seguridad en resguardo de la salud e integridad física de los trabajadores.	
1969-03-18	Decreto-ley 17505 por el cual se promulga el Código Sanitario.	Derogado por Ley N° 26842. Ley General de Salud
2003-07-17	Ley núm. 27028 de regulación del uso de fuentes de radiación ionizante.	Regula las prácticas que dan lugar a exposición o potencial exposición a radiaciones ionizantes con el fin de prevenir y proteger, de sus efectos nocivos, la salud de las personas, el medio ambiente y la propiedad. Contempla las autorizaciones para realizar prácticas que supongan exposición a radiaciones ionizantes, las inspecciones, el régimen sancionador y los derechos e ingresos.
1997-05-20	Decreto Supremo núm. 009-97-EM por el cual se aprueba el reglamento de seguridad radiológica.	Establece los requisitos fundamentales para la protección contra la exposición a la radiación ionizante y para la seguridad de las fuentes de radiación, con la finalidad de garantizar la protección del personal trabajador, público y medio ambiente. El capítulo III trata de la exposición ocupacional: no se concederán ni utilizarán compensaciones de ningún tipo ni tratamientos salariales especiales como sustitutos de las medidas de seguridad y protección establecidas.
1993-08-23	Resolución suprema núm. 014-93-TR por la que se adopta para evaluación de la neumoconiosis los lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT	
1989-09-02	Decreto supremo núm. 032-89-TR por el que se adicionan varias enfermedades profesionales al artículo 60 del reglamento de la ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (SL 1972-Per. 1B).	Se trata de bronconeumopatías; enfermedades broncopulmonares causadas por el polvo de algodón, de lino, de cáñamo o de sisal; asma profesional; alveolitis alérgicas causadas por la inhalación de polvos orgánicos, entre otros.

1986-12-04	Decreto supremo núm. 039-86-SA por el que se aprueba el reglamento de organización y funciones del Consejo Nacional de Protección del Medio Ambiente para la Salud.	
1981-10-16	Ley 23285 de trabajo para personas con limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales.	Prevé, a los efectos, de las deducciones en el pago de impuestos, una bonificación del 50 por ciento para entidades empleadoras que contraten a esta categoría de personas.

Fuente: La información del cuadro fue obtenida de la pagina web: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=es&p_country=PER&p_classification=14&p_origen=COUNTRY&p_sortby=SORTBY_COUNTRY>.

- **Consideraciones generales de la seguridad y salud en la Constitución de 1993**

En lo referido a la Constitución de 1993, el desarrollo de los derechos constitucionales laborales no ha sido la misma que en la de 1979. Siguiendo al Dr. Jorge Toyama, la Constitución de 1993 es más escueta y no aborda varias de las instituciones contenidas en la Constitución de 1979 pero, no por ello, la materia constitucional laboral deja de ser relevante⁽²⁾.

En este escenario, encontramos que en lo referido a la Seguridad y Salud en el Trabajo, se ha dispuesto lo siguiente:

Art.7

“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí mismo a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respecto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”

Art.10

“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”

Es claro, que con la constitución de 1993 nos encontramos ante una desprotección por lo siguiente:

(2) Toyama Miyagusuku, Jorge. Ob. cit., p. 34.

- Primero, en el primer artículo transcrito nos referimos únicamente a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, ya no hacemos referencia a lo que es salud integral, por lo tanto podríamos inferir, que por salud se comprenderá la seguridad y salud en su aspecto de prevención, dejando de lado, consecuentemente, la responsabilidad del empleador en todos los campos que deriven por su omisión en lo referido a la implementación de medidas de seguridad en el centro de trabajo.
- Segundo, se constituye una gran retroceso en el derecho de protección que recae sobre los trabajadores, toda vez, que la constitución de 1993 no reconoce expresamente las medidas que se deben dictar sobre higiene y seguridad en el trabajo a fin de prevenir los riesgos profesionales, por lo que ya no podemos afirmar –según la doctrina– que este derecho es constitucional. Este último aspecto, de suma relevancia, toda vez, ¿Hasta donde alcanza esta afirmación? ¿Solo se debe reconocer como derechos constitucionales los escritos taxativamente? ¿Qué sucede con los derechos constitucionales no escritos –como la seguridad y salud en el trabajo– no obstante, han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional?

II. LA SEGURIDAD Y SALUD DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL: ¿RECONOCIMIENTO TÁCITO?

Comoquiera que la doctrina no reconoce a la seguridad y salud como derecho constitucional, los trabajadores no podrían pretender una protección de su derecho por una vía como la acción de amparo, la cual únicamente puede ser invocada en atención a un derecho constitucional reconocido expresamente o tal vez, en protección de los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución, lo cual queda en el aire si es que nos ocupamos de ubicar algún articulado en el cuerpo de la constitución en el cual se reconozca la seguridad y salud en el trabajo como tal. En esta línea, según lo establece la doctrina podríamos acudir al principio de idoneidad o congruencia en el cual solo podrían protegerse siempre y cuando este derecho se derive de un derecho de contenido esencial, en este caso, podríamos invocar el derecho a la integridad de la persona. Asimismo, podríamos recurrir a la interpretación del la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución en la cual se establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Por otro lado, cabe preguntarnos –además– si este derecho por su naturaleza eminentemente preventiva, podría ser protegido también por la vía del amparo, pues recordemos que el ejercicio de garantías constitucionales aplica con el fin de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional ya sea por acción o por omisión, en el cual la seguridad y salud encargaría –según mi postura– en este último supuesto, toda vez, que el incumplimiento

de parte del empleador de la implementación de un sistema integral de gestión en seguridad y salud en el trabajo podría ser tipificado como una omisión.

Cabe precisar, que la constitución de 1993, establece en el art. 3 lo siguiente:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana del gobierno”.

Por lo tanto, en opinión del Dr. Marcial Rubio Correa, indiscutiblemente el art. 3 de la Constitución es sugerente, en especial porque da un ancho margen al campo de los derechos personales permitiendo, de esta manera, una amplia protección a la persona⁽³⁾, con lo cual, válidamente podríamos afirmar que la seguridad y salud en el trabajo se funda –entre otros– en la dignidad del hombre. Dignidad entendida como el carácter de ser racional el que determina la dignidad humana; la persona humana merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social⁽⁴⁾.

El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona implica en todo caso, el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos⁽⁵⁾, mas aun en el campo de las relaciones laborales, en las que las posiciones de empleador y trabajador, *per se*, son asimétricas, con lo cual se debe buscar la mayor protección para los menos desfavorecidos, en este caso los trabajadores.

III. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE PARTE DE LAS CENTRALES SINDICALES.

Respecto a las deficiencias que presenta la constitución de 1993, las centrales sindicales, –en su oportunidad– presentaron una propuesta que no fue tomada en consideración y señalaba lo siguiente:

“Es derecho de los trabajadores que los centros de trabajo reúnan condiciones adecuadas de higiene y seguridad, que permitan prevenir los riesgos profesionales y asegurar su salud física y mental. El Estado dicta las normas mínimas que los empleadores deben observar. La Ley regula la protección e

(3) Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Desco - Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo. Perú, marzo 1994, p. 35

(4) Placido, Alex F. *El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Colección Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 1. Primera Edición 2004. Editorial San Marcos. p. 10.

(5) Placido, Alex F. *Ibidem*.

indemnización que los empleadores deben observar. La Ley regula la protección e indemnizaciones que corresponden a los trabajadores en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional”

Como podemos observar, esta propuesta recoge parte del contenido de lo dispuesto en la constitución de 1979 y agrega a ello, la responsabilidad de los empleadores en lo referido a la protección e indemnización que corresponde a los trabajadores en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Cabe anotar que este reconocimiento de resarcimiento por los daños originados al trabajador data desde la aparición del maquinismo, por lo que como expresa De La Cueva, “con la transformación de la industria aparece la preocupación de la legislación y la doctrina por la suerte del accidentado⁽⁶⁾”.

Por lo tanto resulta cuestionable, que ni la constitución de 1979 ni la de 1993 hayan regulado la responsabilidad de resarcir o indemnizar aquel trabajador sujeto de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero no solo por lo referido a la responsabilidad que tiene todo empleador sino por el estado de necesidad en el que se encuentra un trabajador que haya sufrido alguna contingencia con motivo de la actividad laboral que se encontraba efectuando con motivo de las órdenes emanadas de un empleador. Se precisa esto, en razón a que en muchos casos los accidentes de trabajo pueden suceder fuera del centro de trabajo, no obstante, esto se deriva de una orden del empleador, por lo que igual cabe la reparación por el daño suscitado a un trabajador en pleno ejercicio de su actividad laboral, pese a encontrarse fuera del su centro de trabajo.

Finalmente, el reconocimiento de este derecho, según la propuesta del Comité de Libertad Sindical, implicaría una gran avance que pone en alto la seguridad y salud en el trabajo con su naturaleza preventiva y a la vez, da paso a la seguridad social en su naturaleza de resarcimiento del daño motivado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional. No obstante, no puede quedar de lado la responsabilidad recaída sobre el empleador sobre esta necesidad del trabajador –que en estado de defensión– requiere la contribución del empleador no solo por el resarcimiento y recuperación total o parcial de la salud, sino además, por el resarcimiento económico que contribuye con la etapa de incapacidad en la que pueda permanecer el sujeto.

De lo anterior, muchos especialistas señalan que la responsabilidad del empleador se agota con la contratación y pago puntual de la seguridad social, actualmente EsSalud, sin embargo, esto no resulta siendo así, toda vez, que aquel trabajador al cual le aparece una enfermedad profesional posterior a la vigencia de la relación laboral queda en total desamparo, no solo a título individual sino que además a nivel familiar, que en muchos casos resulta ser, que este sujeto, es el único sujeto que genera ingresos. En esta línea, podemos afirmar que la seguridad social no

(6) De la Cueva. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo II, 2da Edición. México, 1954, p. 34.

alcanza, salvo en los casos de la enfermedad de la neumoconiosis⁽⁷⁾ para lo cual los sistemas previsionales han establecido pensiones vitalicias ante la determinación de este tipo de enfermedad, las cuales han sido ratificadas por el Tribunal Constitucional, particularmente en el sector minero.

IV. ¿POR QUÉ LA SEGURIDAD Y SALUD DEBE SER RECONOCIDO COMO DERECHO FUNDAMENTAL?

Ya se ha venido advirtiendo que –hoy por hoy– la seguridad y salud en el trabajo no goza de un reconocimiento expreso en nuestra constitución, sin embargo, puede inferirse su calidad de derecho constitucional tomando como fundamento la dignidad e integridad de la persona, derecho supremo de todo ser humano.

Ahora bien, los derechos fundamentales son exigibles en razón de la dignidad humana, lo que implica, que se tutela a la persona humana por lo que ella es en sí misma.⁽⁸⁾ En esta línea, también podríamos interpretar que la seguridad y salud en el trabajo es un derecho fundamental. Independientemente, de que sea expresamente reconocido como tal en los diversos instrumentos internacionales, debemos precisar que la razón se fundamenta en la dignidad, lo que consecuentemente trae a colación el derecho a la integridad personal. Para ello, se necesita conectar la concreta regulación jurídica de la integridad personal con el fundamento filosófico de su previsión lo que deriva en el hecho que si bien los “derechos” solo alcanzan este estatus cuando pasan a integrarse al ordenamiento jurídico, único modo en que pueden resultar eficaces en la vida social, no se puede olvidar que también tienen una raíz moral que se indaga a través de su fundamentación⁽⁹⁾.

Siendo esto así, el reconocimiento de la seguridad y salud como derecho fundamental en el ordenamiento nacional, traerá como consecuencia una mayor atención de parte de; i) los juristas (los que se ocuparan de dictar dispositivos que vayan más acorde con la realidad y puedan ser aplicados en todos los sectores); ii) los empleadores, que tomaran conciencia de su responsabilidad frente a los trabajadores que tengan a su cargo-independientemente de que provengan de una empresa contratista o subcontratista- así como asumirán que la seguridad y salud implica una inversión que genera productividad y competitividad; iii) el estado, que se ocupara de reforzar su sistema inspectivo con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones sociolaborales inmersas en todo sistema integral de seguridad

(7) La **neumoconiosis** es un conjunto de enfermedades pulmonares producidas por la inhalación de polvo y la consecuente deposición de residuos sólidos inorgánicos o –con menos frecuencia– partículas orgánicas en los bronquios, los ganglios linfáticos y/o el parénquima pulmonar, con o sin disfunción respiratoria asociada. Por Resolución Suprema N° 014-1993-TR, se dictó el dispositivo en el cual se adoptan las medidas para la evaluación y diagnóstico de la neumoconiosis los lineamientos de la clasificación radiográfica internacional de la OIT.

(8) Placido V. Alex. F. Ob. cit., p. 16

(9) Vidal Gil, Los derechos Humanos como derechos subjetivos. En, Derechos Humanos. Concepto. Fundamentos. Sujetos. Ballesteros (ed.). Madrid, 1992, pp. 26 y 28.

y salud en el trabajo; y finalmente los trabajadores, los que se ocuparán de hacer que exijan su derecho de protección durante la ejecución de sus actividades laborales (independentemente que sean consideradas de riesgo o no según lo dispuesto en el D.S N° 003-98 SA).

Finalmente, la seguridad y salud atiende a la protección de la integridad personal –derecho fundamental reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos– lo que supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. En síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en el derecho a la integridad se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su corporeidad humana, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares⁽¹⁰⁾.

Atendiendo a lo anterior, podemos señalar que el derecho a la seguridad y salud presentaría las características propias a un derecho de tal magnitud⁽¹¹⁾, esto es:

- a. Inherente a toda persona
- b. Indisponible e irrenunciable

Dichas características son reconocidas –no solo en la actual carta magna– sino que además se encuentran en el campo de Protección del Derecho del Trabajo, tal vez, enmarcada dentro de los principios aplicables, no obstante, se encuentran comprendidas en las esferas de protección con motivo de la desigualdad de las partes en una relación laboral. Por lo tanto, es válidamente posible afirmar que la seguridad y salud en el trabajo es un derecho específico y exclusivamente laboral, en razón, a que es un derecho que ha sido atribuido exclusivamente a los trabajadores, los cuales solamente pueden ejercerlo frente a su empleador. Asimismo, atende a la protección de riesgos que únicamente atienden a riesgos laborales, es decir los que afectan por causa o como consecuencia del cumplimiento de su prestación asalariada de servicios en el ámbito de organización y control del empleador.

Respecto de la indisponibilidad de este derecho de parte de sus titulares (trabajadores) –pese a que no exista disposición expresa– debe reconocerse en forma implícita en todo contrato de trabajo, toda vez, que la indisponibilidad viene a suponer una garantía del disfrute efectivo de los derechos no solo frente a terceros, sino incluso, frente a posibles actos de disposición por parte del empleador, incorporando una

(10) Placido V. Alex. F. Ob. cit., p. 21.

(11) Dichas características son reconocidas por el Profesor Alex Placido al referirse al derecho a la integridad personal como derecho subjetivo, sin embargo, han sido asimiladas por el tesisista a la seguridad y salud en el trabajo, toda vez, que este último derecho deriva de la integridad personal como se ha señalado en los párrafos precedentes.

resistencia jurídica mediante la cual el voluntario ejercicio del derecho en su alcance y contenido queda asegurado⁽¹²⁾.

V. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD Y SALUD COMO DECRETO SUPREMO ¿ES ADECUADO EL TRATAMIENTO PARA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

En el Perú la seguridad y salud en el trabajo ha sido regulada en el Decreto Supremo N° 009-2005-TR dispositivo que ha recogido varias de las disposiciones contenidas en diversos instrumentos jurídicos internacionales y en las directrices creadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre todo en el aspecto técnico que se encuentra presente en todas las legislaciones.

No obstante, en el común de la legislación comparada, ha recibido un tratamiento supra en el cual su reconocimiento como derecho fundamental plasmado en disposiciones de rango superior lo que ha conseguido mejores resultados en la implementación del sistema de gestión como obligación del empleador y necesidad del trabajador que le garantice su integridad personal. En particular, porque no puede ser trasgredido por disposiciones de rango inferior, que permitan –desde un punto de vista jurídico– vulnerar los derechos de los trabajadores, en particular, el derecho fundamental a la integridad personal. Según la doctrina española se trata de un derecho legal porque su reconocimiento atiende únicamente a normas de rango legal. Entendiéndose como normas de rango legal a las leyes y decretos legislativos. Así, en el caso de España el reconocimiento legal que se le ha dado ha sido bajo la fórmula del derecho, vale decir, una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Sobre el particular, el tratamiento que le da la legislación española es a través de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

Por lo tanto, en el caso del Perú no bastaría con modificar el rango de la normativa actual sino que también, es importante identificar los posibles defectos que concurren en la actualidad, que no permiten un eficaz cumplimiento de lo ya existente, es necesario además, analizar si el sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo que se mantiene es incompleto e insuficiente, si existe o no coordinación eficaz entre las autoridades del estado, si existe calidad insuficiente de los recursos disponibles y si es adecuada la planificación que contiene la legislación laboral vigente.

(12) Véase en el material de estudio del Diploma del Derecho del Trabajo–Seguridad y Salud de la Pontificia Universidad Católica elaborado por la Dra. Estela Ospina.

FISCALIZACIÓN LABORAL Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Renán Martín Mantilla Ramírez^()*

I. INTRODUCCIÓN

Por medio del presente trabajo trato de poner énfasis en la necesidad de tener una política estatal de promoción y vigilancia de la seguridad y salud en el trabajo, la cual, de manera concreta se manifieste mediante la determinación de la responsabilidad de los sujetos, el régimen de sanciones, los criterios de graduación de la cuantía, y la revaloración de la inspección de trabajo como mecanismo de monitoreo y corrección del cumplimiento de la normatividad en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo parte con la conciencia de los bienes jurídicos protegidos mediante la seguridad y salud laboral, los cuales, constituyen la razón de ser de la normatividad y de la acción en esta materia, tales derechos encuentran su asidero en los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad de las personas, y en despliegue de los mismos dentro de las relaciones laborales.

Cabe recordar, que la relación de trabajo debe constantemente ser enfocada y definida desde sus dos dimensiones, esto es, desde su dimensión objetiva entendiendo por aquella la actividad productiva en sí misma, es decir, la técnica de transformación de las cosas por el obrar humano, y de otro lado, desde su dimensión subjetiva que es aquella en la cual el trabajo encuentra su valor por el solo hecho de

(*) Bachiller en Derecho PUCP.

ser realizada por su titular, el hombre mismo. Entonces “esto no quiere decir que el trabajo humano, desde el punto de vista objetivo, no pueda o no deba ser de algún modo valorizado y cualificado. Quiere decir solamente que **el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo, su sujeto**”⁽¹⁾.

Entender estas dos dimensiones del derecho del trabajo nos va a permitir razonar, como mas adelante desarrollaremos, que la protección de los riesgos laborales no deben estar desarraigados del sujeto a quién se protege –el ser humano–, ni tampoco debe de fijarse arbitrariamente según el valor objetivo –productivo– que cada trabajador tenga para su empresa, lo que obviamente generaría iniquidades puesto que significaría que la prevención del daño este definida no por el grado de exposición al riesgo sino por las diferencias de las personas.

En ese sentido, la prevención debe darse primordialmente sobre la base de la dignidad de la persona y de entendernos a todos como iguales, lo quiere decir que aunque “algunos trabajos realizados por los hombres puedan tener un valor objetivo más o menos grande, sin embargo queremos poner en evidencia que cada uno de ellos se mide sobre todo con el metro de la dignidad del sujeto mismo del trabajo, o sea de la persona, del hombre que lo realiza”⁽²⁾.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Al regular la seguridad y salud en el trabajo, hay que entender de sobremañera dos derechos fundamentales que se ven involucrados, de un lado el derecho fundamental por excelencia que es el derecho a la vida -indisolublemente ligado al derecho a la salud-, y por otro lado, el derecho fundamental al trabajo.

Respecto del derecho a la vida, la Constitución Política del Perú del año 1993 mediante el artículo 1 establece que “la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Asimismo el inciso 1) del artículo 2 de la norma fundamental señala de manera expresa que es un derecho de todas las personas “la vida, (...), a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Es por esto, que las normas de prevención de riesgos laborales buscan proteger de manera directa a la vida y su integridad total, este es el bien jurídicamente protegido, y es por ello y en esa línea que el Tribunal Constitucional respecto de ese derecho sostiene que:

“El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta

(1) JUAN PABLO II, Carta Encíclica: “Lavorum Exercens” sobre el Trabajo Humano, Ediciones Paulinas. Lima, 2002, Punto 6.

(2) JUAN PABLO II, Carta Encíclica: “Laborem Exercens” sobre el Trabajo Humano, Ediciones Paulinas. Lima, 2002, Punto 6.

el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”.(3) (Negritas nuestro)

Consecuentemente, uno de los intereses protegidos en materia de seguridad y salud en el trabajo es el bien superior a la vida e integridad física y psíquica⁽⁴⁾ del ser humano, de manera concreta de las personas que prestan su fuerza laboral y que se desenvuelven en el ámbito de la actividad del trabajo.

Por otro lado, junto al derecho a la vida, en materia de seguridad y salud en el trabajo, existe otro derecho de importancia relevante, que es el derecho fundamental al trabajo, el mismo que se consagra como el derecho del propio hombre a su desarrollo a través de la puesta a disposición de su fuerza trabajadora a cambio de una justa remuneración, este trabajo se constituye como el medio de desarrollo de la persona, y fuente de sustento de vida básico, a menudo único, de los trabajadores y de sus familias. ⁽⁵⁾

En este sentido, el trabajo del hombre no es solo un bien-mercancía para la sociedad, ni el hombre una fuente productora de beneficios, sino, que el trabajo humano es uno de los ámbitos de despliegue y realización de la propia persona.

Por las consideraciones antes expuestas, podemos afirmar que cuando se habla de seguridad y salud en el trabajo, se conjugan dos derechos fundamentales de primer orden, la vida y el trabajo, y es ahí, donde reside la importancia de su protección por parte del Estado y de la sociedad.

En efecto, resulta clara la importancia que involucra el tema que nos aborda, el cual, en concordancia con la Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, de fecha 29 de junio de 2008, es una tarea que involucra a todos los actores sociales, y tal como lo sostiene la referida Declaración **“la promoción de altos niveles de seguridad y salud en el trabajo es responsabilidad de la sociedad en su conjunto y que todos los miembros de la sociedad deben contribuir a alcanzar este objetivo**, garantizando que los planes nacionales concedan prioridad a la seguridad y salud en el trabajo, así como al establecimiento y fomento de una cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo”. (Negritas nuestro)

(3) STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC. Fundamento 27

(4) Gutierrez-Solar Calvo, Beatriz, “El deber de seguridad y salud en el trabajo”, CES, 1999, España, p. 131.

(5) ARCE ORTIZ, Elmer, “Configuración jurídica de la remuneración y beneficios sociales en el Perú”. En Revista: *Asesoría Laboral*, Lima, Marzo 2007, p. 21.

II. EL RIESGO DE TRABAJO

Introduciéndonos en el tema que nos ocupa y para entender el ámbito de responsabilidades y deberes dentro de la seguridad y salud en el trabajo, es pertinente ubicar la actividad que es fuente del riesgo y del potencial daño, aquella que expone a los bienes jurídicos esbozados en el capítulo anterior, como son el derecho a la vida y al trabajo.

De tal manera podemos decir que la actividad puesta en marcha por el empleador, es la fuente potencialmente causante de daños, y por ende, aquella que se constituye como la conoce la doctrina, esto es, como “riesgo de trabajo”. Así, aparte de sus eventuales responsables y perjudicados, resulta importante enfocarnos en el lugar donde se encuentra circunscrita la actividad riesgosa, es decir, la empresa, y en esa línea identificar también a los titulares y representantes de aquella entidad.

Cada vez que nos acercamos al estudio de las actividades riesgosas llevadas a cabo por el empleador, esto es, aquellas actividades económicas que implican –mas allá de sus diferentes magnitudes– un elemento potencialmente riesgoso realizado en un centro de trabajo, podemos sostener que no es solamente al trabajador a quien se protege, sino, también a toda persona expuesta por la actividad productiva.

Esta categoría de riesgo de empresa, no solo elude a los daños que se deriven de la relación laboral que tiene la empresa con sus subordinados ni de los que no están estrechamente ligados a la actividad productiva, sino todos aquellos que se deriven de la exposición al riesgo por la puesta en marcha de la referida actividad empresarial.

Ahora bien, si bien el daño puede no estar directamente vinculado a la actividad productiva de la empresa, esta en todo caso, se puede derivar también indirectamente de la relación contractual que tiene la empresa con sus trabajadores, quienes en última instancia son sus subordinados y cumplen las órdenes que se les asigne.

Por lo tanto, las medidas que buscan conservar los derechos a la seguridad y a la vida, se dan específicamente por el desarrollo de actividades que exponen a las personas a riesgos directamente ligados a la actividad, o que se deriven de la relación de trabajo o comercial que tenga la empresa con sus dependientes o con terceros.

Cabe decir que esto no excluye, que la razón por excelencia para afrontar los riesgos de trabajo que genera la actividad empresarial, y las teorías que sobre ella se esbozan, reposa principalmente, en que un trabajador que ofrece su integridad y salud corporal al servicio del empleador, y que cuando sufra cualquier menoscabo, como consecuencia del trabajo, tiene el derecho de ser reparado por el daño sufrido de alguna manera, tanto a favor de él como trabajador, como de sus derechohabientes⁽⁶⁾.

(6) DE BUEN LOZANO, Nestor. *Derecho del Trabajo*. I Tomo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1986, p. 588.

III. LA FISCALIZACIÓN LABORAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

a. La justificación de la fiscalización por parte del Estado en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Desde nuestra óptica, parte del problema no reside en crear una política de sanción frente a los daños, sino antes un política de prevención, y es por esto, que antes que opere una sanción post-daño, debe de operar medidas correctivas y sanciones previas, que impliquen establecer una fiscalización del cumplimiento de la normativa, acompañada por una incesante educación de la prevención.

La intervención por parte del Estado en esta esfera del trabajo se encuentra plenamente justificada, y en consecuencia, garantizar el derecho de las personas a condiciones dignas y seguras de trabajo, se convierte en un deber del Estado, que como señala el Tribunal Constitucional, en cualquier ámbito donde este el derecho a “La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”⁽⁷⁾.

Cabe recordar, que uno de los primeros antecedentes de la acción fiscalizadora estatal de la seguridad y salud en el trabajo lo encontramos en Gran Bretaña, donde se promulgó la Ley del 22 de junio de 1802, para “proteger la salud física y moral de los aprendices y obreros” empleados en las fabricas de hilados y tejidos. No obstante, la mencionada Ley fracasó y desembocó en el incumplimiento cuando que fue encomendada a instituciones benévolas y a gobiernos locales de ese entonces.⁽⁸⁾

De esta manera podemos observar que desde sus inicios el Estado fue el actor social que por antonomasia que se tribuyo el deber de fiscalizar el correcto cumplimiento de las normas de orden público que en materia de seguridad y salud en el trabajo que se desplegaron en nuestra sociedad.

En efecto, en la medida que son intereses colectivos, generales y públicos los protegidos –vida, salud, trabajo–, es ahí, donde reposa la justificación al rol tuitivo, interventor y fiscalizador del Estado. Adicionalmente, porque en muchos casos ni los particulares están en capacidades técnicas para verificar el cumplimiento de las normas públicas, ni el mercado para regularlo por si mismo.

b. La OIT: el Convenio 81 sobre inspección de trabajo y el Convenio 187 sobre seguridad y salud en el trabajo.

Con fecha 11 de julio del año 1987 se aprobó el Convenio 81, sobre la inspección de trabajo aplicable a la industria y el comercio. Este convenio ratificado por el Perú señala el deber de los Estados de crear un sistema de inspección que vele por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre condiciones de trabajo y protección al trabajador en el ejercicio de su profesión.

(7) STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC. Fundamento 26

(8) “Inspección del Trabajo”, AELE, 3ra Edición, 2008, Lima, p.11

Es recurrente en el Convenio 81 la referencia a la inspección sobre la seguridad, higiene y bienestar, la cual, que queda manifestada de manera concreta en la disposición donde se indica que la sede central de vigilancia que cree el Estado se encuentra en el deber de fiscalizar y elaborar un índice de estadísticas anual sobre los **accidentes de trabajo y enfermedades profesionales** que ocurriesen.

Asimismo, el referido Convenio establece una doble obligación tanto del Estado de vigilar el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, como del empleador de notificar a la inspección del trabajo, en los casos y en la forma que determine la legislación nacional, sobre los accidentes del trabajo y los casos de enfermedades profesionales ocurridos en la empresa.

Por otro lado, junto al Convenio 81 sobre inspección de trabajo, la OIT en el año 2006 emitió el Convenio 187, referido específicamente sobre el marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo. Al respecto, el citado Convenio estableció como deber de todo Estado “la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante **el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales**, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores”.

De esta manera, entrelazando ambos convenios, así como muchos otros que han versado sobre dichas materias, y de la convergencia de los mismos podemos obtener no solo el reconocimiento de los derechos sustantivos a la vida y trabajo, sino además mecanismos para poder emprender una acción concreta mediante la fiscalización laboral para la búsqueda de instaurar a nivel nacional una verdadera mejora en las condiciones de seguridad y salud laborales.

c. Inspección de trabajo en la normativa peruana.

Actualmente, nuestro ordenamiento regula las inspecciones de trabajo mediante la Ley N° 28806, y su Reglamento el Decreto Supremo 019-2006, ambas para el caso concreto de las normas de seguridad y salud en el trabajo están orientadas a la modificación o eliminación de los riesgos, entre otras cosas.

En particular, en materia de prevención de riesgos laborales, el artículo 14 de la Ley de Inspección de Trabajo establece que se “requerirá que se lleven a cabo las modificaciones necesarias en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores. Los requerimientos que se practiquen se entienden siempre sin perjuicio de la posible extensión de acta de infracción y de la sanción que, en su caso, pueda imponerse”.

Es así, que el procedimiento sancionador por infracciones al orden social esta íntimamente ligado a la inspección de trabajo que se practique⁽⁹⁾.

(9) ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 17 Edición, Civitas Ediciones, España, 1999, pp. 1072.

En efecto, si no se logra una coerción sobre el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo esta perderá fuerza, es por ello, que la inspección laboral es uno de los vehículos primordiales para la consecución del mandato constitucional que tiene el Estado de protección de los derechos fundamentales a la vida y el trabajo.

V. LA SANCION ADMINISTRATIVA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

De acuerdo al capítulo anterior, la fiscalización se convierte en uno de los pilares fundamentales en el logro de la prevención de los riesgos de trabajo, y de la mano con ese deber fiscalizador del Estado, debemos poner de relieve el poder sancionador del Estado sobre aquellas conductas que hubiesen amenazado o violado el ordenamiento imperativo que sobre seguridad y salud rige. En esa línea, para la actividad laboral “el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe (...)”⁽¹⁰⁾.

Consideramos que en materia de seguridad y salud en el trabajo la fuente primordial de sanción por el incumplimiento de la referida normativa debe ser la sanción administrativa, en otras cosas, porque es parte del rol protector del Estado, el cual, no puede claudicar frente a iniciativas privadas, las cuales en algunos casos pueden ser complementarias a las sanciones administrativas que el órgano público debe imponer.

Aunque la situación del empresario y el deber de seguridad y salud que tiene aquel se encuentre en una dimensión pública frente al Estado, y a la vez privada frente a los trabajadores o terceros⁽¹¹⁾, esto no excluye el hecho de que sea la acción pública la que requiera mayor atención sobre asuntos, puesto que no se debe dejar tales temas relegados únicamente al ámbito del derecho privado.

Las acciones privadas se encuentran sujetas al arbitrio del dañado, quien es titular del derecho de acción, sin embargo, no sucede en cambio, en el caso de violaciones a las normas de orden público, donde el Estado no puede dejar impartir tutela y de esta forma, el ilícito administrativo se configura por la sola desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador.⁽¹²⁾

Ahora bien, entre las sanciones y figuras afines que se imparten en los procesos administrativos en general, y que pueden ser aplicados en los procedimientos de

(10) STC Exp. N° 1429-2002-AA/TC. Fundamento 13

(11) Gutierrez-Solar Calvo, Beatriz. *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. CES, 1999, España, pp. 167-168

(12) Gutierrez-Solar Calvo, Beatriz. *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. CES, 1999, España, p. 129.

sanción por la violación o amenaza de normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, encontramos:⁽¹³⁾

- *advertencias y requerimientos.*- son solicitudes que realiza la autoridad pública previa generalmente al establecimiento de una sanción, afectan faltas leves y busca que se corrija el defecto.
- *multas coercitivas.*- se dan para castigar a quienes comenten un ilícito, y son sanciones de carácter pecuniario.
- *intereses por mora en el pago.*- son obligaciones accesorias al establecimiento de una multa, y tiene como objetivo castigar el retraso en el pago de la multa.
- *obligación de reparar el daño.*- es una obligación de hacer ajena a una sanción, busca la reparación concreta del daño causado.
- *paralizaciones cautelares.*- se da por parte de la autoridad competente por la reminiscencia del administrado o cuando la conducta realizada implique un riesgo que no puede continuarse hasta su subsanación.
- *clausura de establecimientos.*- es la sanción más gravosa, y comporta el cierre y clausura de la actividad por haber incurrido en una falta que no acarrea subsanaciones y que significa una fuente de alto riesgo.

Cabe señalar que cuando se regulan supuestos de seguridad y salud en el trabajo, el mandato no solo se agota en la implementación de un programa de sanciones, sino por sobretodo, en la eliminación de todo agente causante de daños, es por ello, que cuando median intereses colectivos no basta la indemnización por el daño causado, ni tampoco la mera sanción administrativa post evento, sino toda una política y sistema de normas sancionadoras fundamentalmente que prevean que el daño no se produzca.⁽¹⁴⁾

a. Respeto a las sanciones en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo

El Decreto Supremo 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone una serie de medidas a tomar en cuenta para regular el régimen de sanciones en casos de incumplimientos en la materia que nos ocupa, otorgándole competencia mediante su artículo 92 a los inspectores de seguridad y salud en el trabajo de la autoridad competente, quienes tendrán facultades para inspeccionar la totalidad de los puestos e instalaciones de un centro de trabajo.

(13) NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ta Edición, TECNOS, España, 2005, pp. 196-199

(14) NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ta Edición, TECNOS, España, 2005, p. 40

En tal sentido, de acuerdo al artículo 6 del Reglamento citado en el párrafo anterior se señala que las entidades públicas competentes en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto por sus respectivas leyes y a través de sus órganos técnicos especializados, tendrán que cumplir la función de sancionar el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Que asimismo, el referido Reglamento nos señala en su artículo 100 que son infracciones a la normatividad de seguridad y salud en el trabajo las faltas u omisiones del empleador o de terceros frente a las disposiciones que regula el Reglamento.

Finalmente, el Reglamento establece en su artículo 106 que los criterios para determinar los grados de responsabilidad en las sanciones por las infracciones que se comentan en materia de seguridad y salud en el trabajo, serán:

- “a) La ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias.
 - b) Exponer a los trabajadores a situaciones de riesgo sin haber tomado las medidas de seguridad correspondientes.
 - c) El incumplimiento injustificado de las obligaciones, reiterada resistencia o deliberada omisión del presente reglamento, las normas y procedimientos de seguridad vigentes en cada empresa.
 - d) El incumplimiento de las medidas de protección individual o colectiva y la omisión de impartir las instrucciones adecuadas para la prevención de riesgos por parte del empleador.
 - e) El incumplimiento de advertencias o requerimientos previos de la Inspección de Seguridad y Salud en el Trabajo.
 - f) El número de trabajadores afectados”.
- b. Respecto a las sanciones en Ley General de Inspección de Trabajo y su Reglamento, en materia de seguridad y salud**

Por su parte, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección de Trabajo y su Reglamento, Decreto Supremo 019-2006-TR, establece competencias al Ministerio de Trabajo como encargado de la supervigilancia de la normativa pertinente en materia de seguridad y salud en el trabajo. De esta manera, de acuerdo al artículo 34 de la Ley se señala son infracciones administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo los incumplimientos de las disposiciones legales de carácter general aplicables a todos los centros de trabajo, así como las aplicables al sector industria y construcción, que se realicen por la acción u omisión de los distintos sujetos responsables.

En la misma línea que el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decreto Supremo 009-2005-TR, pero desde un nivel general referido a cualquier infracción de la normativa laboral, la Ley General de Inspección de Trabajo, Ley N° 28806, sostiene los criterios para la graduación de las sanciones, que son:

- “a) **Gravedad** de la falta cometida,
- b) *Número de trabajadores* afectados”.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 47 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, Decreto Supremo 019-2006-TR, complementando lo dicho por el artículo 106 de Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece de manera más específica que los criterios de graduación de las sanciones en el caso de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, y a su tenor señala que:

“47.2 En la imposición de sanciones por infracciones de seguridad y salud en el trabajo se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La **peligrosidad** de las actividades y el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a las mismas.
- b) La **gravedad de los daños** producidos en los casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas exigibles.
- c) La **conducta** seguida por el sujeto responsable en orden al cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo”.

c. Algunas propuestas para la graduación de sanciones

En este punto, nos permitimos plantear algunas propuestas coadyuvantes que permitan que se puedan introducir algunos cambios en el régimen sancionatorio por el incumplimiento de normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo.

- a. Incremento de las multas en caso de infracciones en materia de SST.

Considero pertinente anotar que nuestra legislación actual en materia de sanciones tal como hemos visto en párrafos anteriores, establece multas para todas las infracciones relacionadas a las normas laborales de manera general y en un mismo valor, con un régimen de sanciones homogéneo y sin tener en consideración que en muchas disposiciones se están protegiendo intereses jurídicos distintos, como por ejemplo el caso de las normas en materia de seguridad y salud, las que obviamente ameritan un plus de tutela.

Por tal razón una alternativa sería la elevación del valor de las multas en materia de seguridad y salud en el trabajo, no con un fin represivo únicamente, sino ante todo para generar en el colectivo una conciencia de qué nos encontramos ante supuestos de importancia mayúscula, como lo son el derecho a la vida y a su integridad.

- b. Ofrecer otros mecanismos diferentes a las sanciones pecuniarias.

Resulta limitado el hecho que nuestra legislación y la aplicación por parte de los inspectores de trabajo resalten sobremanera las sanciones pecuniarias para castigar el incumplimiento de normas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Aparte de la paralización de trabajos que ofrece como medida complementaria el artículo 95 del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, creemos que pueden establecerse otro tipo de sanciones como lo son le dictado de cursos de capacitación en materia de seguridad y salud a sus trabajadores, la clausura temporal o definitiva de la empresa, la cancelación de autorizaciones, entre otras.

c. La no reducción de la multa en caso de incumplimiento de normas de SST.

En este punto debemos anotar que la subsanación es un mecanismo que opera para corregir infracciones detectadas, sin embargo, cuando nos acercamos a normas de seguridad y salud, la consideración de aplicar la subsanación como un remedio para corregir infracciones pasadas tiene peculiaridades. Dichas peculiaridades residen en el hecho de que la exposición al riesgo ya aconteció, violándose el deber de prevención, lo que no puede ser subsanado, o en el peor de los casos, porque el daño que se quería evitar se produjo.

En relación a lo anterior, consideramos que no debe permitirse por parte de la autoridad administrativa la figura de la reducción de la multa por subsanación de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, dispuesta en el artículo 40 de la Ley General de Inspección de Trabajo.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Finamente, de lo expuesto hasta este momento, queremos sacar algunas conclusiones finales, que si bien no agotan el tema expuesto, intentan definir algunos puntos y plantear ciertos aportes sobre esta materia.

En primer lugar, tenemos que dejar en claro que hoy en día la protección del derecho de a la seguridad y salud en el trabajo no debe ser un acto ex-post por parte del Estado y de los particulares, es decir, cuando el daño ha sido producido y se torna en irreparable, por ello, se tiene por medio de la inspección de trabajo que buscar una cultura de la prevención a través de remedios tales como lo sanciones punitivas frente a la amenaza, mecanismos educadores y orientadores, eliminación del riesgo, fiscalización y monitoreo de la normativa sobre la materia, entre otros, superando así la mera sanción del Estado policía.

Es importante destacar que la inspección de trabajo no se conciba únicamente como mecanismo de aplicación de sanciones, sino ante todo, de prevención de daños en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, “en cuanto a la intervención de la Inspección de Trabajo en las empresas en el marco de una realidad evolutiva. La tendencia generalizada resalta el rol preventivo de la inspección de trabajo sobre le punitivo. Los muchos procedimientos han sido orientados en muchos casos a prevenir antes que sancionar”⁽¹⁵⁾.

(15) VERA, Jatobá. *Inspección de Trabajo en el marco de la modernización de la Administración de Trabajo*. OIT, Chile, 2002, p. 24.

Así también, la inspección de trabajo debe buscar ser no solo un procedimiento estático de fiscalización de cumplimiento de las normas -a secas-, sino que se debe constituir como un *medio dinámico* que evalúe, prevenga y sancione el funcionamiento del sistema, señalando las ventajas y desventajas de las prácticas laborales que viene implementando el gobierno, y recogiendo el aporte de sus interlocutores, es decir de las personas directamente afectadas, como son los trabajadores y empleadores.

Respecto a lo anterior, señala Von Richthofen “el hecho (que) los inspectores de trabajo conocen bien las situaciones de empleo tiene como consecuencia que se encuentran en una posición ideal y están extremadamente bien calificados para describir las situaciones reales existentes de disparidad entre norma y realidad. Ellos son también competentes para proponer las reglas más adecuadas para el establecimiento de relaciones de trabajo armónicas”⁽¹⁶⁾.

De otra lado, podemos también concluir que la inspección de trabajo debe entrar en convergencia con la normativa en seguridad y salud en el trabajo, de tal forma, que la inspección administrativa sea un mecanismo del control de la gestión la las políticas públicas en materia de seguridad y salud ocupacional, así como de su eventual corrección y sanción.

Los criterios de gradualidad de las sanciones en materia de seguridad y salud, tanto en el Reglamento de Seguridad y Salud como en la Ley General de Inspección del Trabajo, deben manejarse de manera armónica, permitiendo que las disposiciones que ambos dispositivos contienen se apliquen de manera suplementaria.

Respecto a las sanciones a imponerse en caso de incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, consideramos que estas deben darse de manera holística respecto de la corrección de la falta, permitiendo que las sanciones no sean únicamente patrimoniales, sino, que permitan sobretudo la orientación, eliminación o sustitución del riesgo, ofrezcan medidas de protección, y que obedezcan sobretudo a fin de la normativa sobre la materia referida.

En consecuencia, el procedimiento sancionador debe buscar mas allá de la aplicación de una sanción como efecto inmediato y automático de la inspección, privilegiar la adecuada protección al trabajador y la cultura del cumplimiento por parte de los empleadores, es decir, debe buscar hacer primar la protección del trabajador sobre el afán punitivo del Estado.⁽¹⁷⁾

Como señala Albracht, “la estipulación y aplicación de una cultura basada en la prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo a escala nacional exige la participación activa de las inspecciones de trabajo. Los inspectores son los únicos

(16) *Ibíd.*, pp. 4-5

(17) SERVAT PEREIRA DE SOUZA, Roberto Juan. “Medidas Inspectivas: la preferencia de la protección sobre la facultad sancionadora del Estado”. En revista: *JUS Doctrina y Practica*, 2/2007, p.23

agentes estatales que tiene acceso a todas las empresas, condición necesaria para transmitir de manera efectiva los mensajes sobre seguridad y salud”⁽¹⁸⁾.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. ALBRACHT, Gerd, “Los grandes desafíos mundiales de la inspección de trabajo: Globalización, trabajo y salud”, Educación Obrera, N° 140-141, 2005
2. VERA, Jatobá, “Inspección de Trabajo en el marco de la modernización de la Administración de Trabajo”, OIT, Chile, 2002
3. JUAN PABLO II, Carta Encíclica: “Laborem Exercens”–sobre el Trabajo Humano, Ediciones Paulinas. Lima, 2002
4. ARCE ORTIZ, Elmer, “Configuración jurídica de la remuneración y beneficios sociales en el Perú”. En Revista: Asesoría Laboral, Lima, Marzo 2007.
5. GUTIERREZ-SOLAR CALVO, Beatriz, “El deber de seguridad y salud en el trabajo”, CES, España, 1999
6. DE BUEN LOZANO, Néstor, “Derecho del Trabajo”, I Tomo, Editorial Porrúa, S.A. México, 1986
7. “Inspección del Trabajo”, AELE, 3ra Edición, 2008, Lima
8. NIETO GARCIA, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, 4ta Edición, TECNOS, España, 2005
9. ALONSO OLEA, Manuel, “Derecho del Trabajo”, 17 Edición, Civitas Ediciones, España, 1999
10. VARILLAS CUETO, Alberto, “La fiscalización por terceros de las obligaciones laborales : una propuesta alternativa al fracasado sistema de inspecciones a cargo del Ministerio de Trabajo” , Derecho & sociedad - Año 15, no. 23 p. 91-104 (2004)
11. DOLORIER TORRES, Javier Ricardo, “Modificaciones al Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo”, En: *Actualidad jurídica* - Tomo 162 p. 13-16 (May. 2007)
12. CÁNOVA TALLEDO, Karla, “El reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo : las obligaciones sancionables a partir del 1 de octubre del 2007”, En: *Revista jurídica del Perú* - N° 80, p. 241-246 (Oct. 2007)
13. ESPINOZA ESPINOZA, Juan Alejandro, “Derecho de la responsabilidad civil”, Gaceta Jurídica, Lima, 2006

(18) ALBRACHT, Gerd. *Los grandes desafíos mundiales de la inspección de trabajo: Globalización, trabajo y salud*. Educación Obrera, N° 140-141, 2005, p. 8.

14. LEON L. Leysser, “La Responsabilidad Civil”, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2007
15. SERVAT PEREIRA DE SOUZA, Roberto Juan, “Medidas Inspectivas: la preferencia de la protección sobre la facultad sancionadora del Estado”, En revista: JUS Doctrina y Practica , 2/2007
16. LA CONSTITUCIÓN EN JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANA, Gaceta Jurídica. Lima, 2006

EL MOBBING COMO RIESGO PSICOSOCIAL EN EL TRABAJO

Su protección desde la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo

Marlene Molero Suárez

¿Cómo definir el virus que, royendo su somnolencia, le ha agobiado de vigiliias en medio de la siesta de los seres? ¿Qué gusano se apoderó de su reposo, qué agente primitivo del reconocimiento le obligó al retraso de los actos, al refrenamiento de los deseos? ¿Quién introdujo la primera languidez en su ferocidad?⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

De modo general, y a la luz de diversas definiciones propuestas desde la psicología y el derecho⁽²⁾, el *mobbing* podría ser definido como aquellas conductas, actos u omisiones reiteradas y persistentes, ejercidas sobre uno o más trabajadores por parte de sus compañeros, superiores o inferiores jerárquicos, que tienen por objeto y por efecto, atentar contra su dignidad e integridad y crear un entorno intimidatorio,

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados

(1) CIORAN, Emile, *Précis de décomposition*, 1949 (tr. española de Fernando Savater, *Breviario de Podredumbre*, España, Punto de Lectura, 2001, p. 70).

(2) Entre las definiciones propuestas por investigaciones psicológicas podríamos destacar las ensayadas por Heinz Leymann y Marie-France Hirigoyen, las cuales precedieron la discusión jurídica que determinó la dación en Suecia de la Ordenanza sobre Victimización en el Trabajo (AFS 1993:17) y en Francia de la Ley de Modernización Social del 17 de mayo de 2002, mediante la cual se modificó el Código de Trabajo y el Código Penal. Asimismo, en el ámbito jurídico destacan la definición y el desarrollo jurídico de la Ley Belga de Protección contra la Violencia y el Acoso Moral o Sexual en el Trabajo de 11 de junio de 2002 y la Ley 1010 de Colombia.

hostil, humillante, ofensivo o degradante, susceptible de afectar sus condiciones de trabajo o la continuidad del vínculo laboral.

Desde la perspectiva jurídica, el *mobbing* se configura como violación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, como incumplimiento grave del contrato de trabajo, como abuso del poder de dirección, violación del deber de buena fe e incumplimiento del deber de seguridad y salud en el trabajo.⁽³⁾ Dado el carácter pluriofensivo del *mobbing* distintas vías de acción pueden ser empleadas en nuestro ordenamiento para intentar la reparación –sea mediante la tutela restitutoria o la resarcitoria– del acoso. En esta ponencia se analiza el desarrollo de la protección a través de la normativa sobre riesgos laborales.

II. EL MOBBING (ACOSO PSICOLÓGICO)⁽⁴⁾

El término *mobbing* debe su actual divulgación en el mundo laboral a Heinz Leymann, psicólogo que importó el término que fuera utilizado por el etólogo Konrad Lorenz⁽⁵⁾ para hacer referencia a los ataques realizados por un grupo de pequeños animales hacia un solo animal de mayor tamaño, y que fuera posteriormente recogido por el médico sueco Peter Paul Heinemann,⁽⁶⁾ quien utilizó el mismo término para hacer referencia al comportamiento destructivo, carente de violencia física, de pequeños grupos de niños dirigidos contra otro u otros.⁽⁷⁾

El *mobbing* es considerado como un proceso escalonado que cambia su carácter durante el transcurso de su desarrollo⁽⁸⁾. Así, comienza usualmente como un conflicto, para luego escalar a un nivel de acoso sistemático susceptible de generar el total aislamiento de la persona afectada y su consecuente salida o expulsión de la vida laboral.

(3) El análisis de cada una de estas configuraciones se puede revisar en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El acoso moral en la relación de trabajo*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 175.

(4) Este apartado ha sido trabajado en base al artículo “Dignidad, integridad, libre desarrollo y bienestar: hacia la protección del acoso psicológico (mobbing) en las sentencias del Tribunal Constitucional”, publicado en *Palestra del Tribunal Constitucional*, mayo 2008, pp. 131-143.

(5) Lamentablemente gran parte de la obra del autor se encuentra disponible tan solo en sueco o alemán. No obstante, de gran relevancia sobre la materia y disponible en inglés se puede consultar LORENZ, Honrad, *On Agression*, Traducido de la versión alemana de 1965 por Marjorie Latzke, Methuen, London, 1966, p. 273.

(6) Entre sus investigaciones destaca: *Mobbing: gruppvald bland varn och vuxna* (Traducción de la tesis: *Mobbing: acoso grupal de niños y adultos*), Estocolmo, Natur och Kultur, 1972, p. 174.

(7) Esta problemática ha logrado captar la atención de los medios de comunicación. Una lista de películas y documentales se puede encontrar en: <www.imdb.com>.

(8) En un estudio realizado en Noruega, se encontró una relación directamente proporcional entre la duración de la agresión y la frecuencia de la misma. Así, de las víctimas que reportaron agresiones semanales, 43% habían estado expuestas a estas prácticas por más de dos años, mientras que solo el 13% de las que reportó un par de agresiones en los últimos seis meses había sido acosada por el mismo periodo. Este resultado corrobora la afirmación que el *mobbing* toma la forma de un proceso escalonado. En: EINARSEN, Stale y Anders Skogstad, “Bullying at Work: Epidemiological Findings in Public and Private Organizations”. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5 (2), 1996, p. 197.

Cuatro son los principales elementos constitutivos del acoso psicológico: (i) las conductas; (ii) la frecuencia; (iii) la duración; y, (iv) el efecto. El sujeto agresor puede ser tanto el empleador o sus representantes, como los propios compañeros de trabajo, y hasta el personal jerárquicamente subordinado. Trataremos muy brevemente cada uno de estos elementos.

1. Las conductas

Siguiendo a Ruiz Castillo, las conductas utilizadas para acosar, hostigar, molestar y, en general, aquellas que son pasibles de dar lugar a un proceso de *mobbing* pueden adoptar múltiples y diferentes formas, por lo que sería apropiado cuidar de no excluir comportamiento alguno, por más neutro y legítimo que este parezca, y afirmar la inexistencia de una homogeneidad en la configuración de la conducta.⁽⁹⁾

En cualquier caso, sea que se opte por categorizar los distintos comportamientos, establecer presunciones legales para cada clasificación o negar la importancia de tales procedimientos para efectos legales, lo relevante debe ser reconocer la característica común a todas las conductas, enumeradas y no enumeradas, que a través de ellas se puede originar una degradación de las condiciones de trabajo y vida del que las sufre. Considerando asimismo la sutileza de algunas de las manifestaciones del acoso psicológico, este enfoque demanda una nueva forma de ver las cosas. Así, es relevante considerar que no solo hacen daño los insultos directos o las agresiones físicas, sino también las insinuaciones, comentarios y actos orientados a obviar la presencia de determinadas personas.

2. Frecuencia y Duración

Dada la disparidad de conductas que podrían integrar una tipología del *mobbing*, resulta esencial determinar qué convierte estos comportamientos en jurídicamente relevantes.

La frecuencia y duración de la conducta son dos elementos del *mobbing* que inciden en la diferenciación de este con otras situaciones de violencia en el trabajo, constituyéndose así en los elementos centrales del concepto. Según explica Leymann, “la distinción entre **conflicto** y **mobbing** no se centra en **qué** se hace o **cómo** se hace, sino en la **frecuencia** y **duración** de lo que se hace”⁽¹⁰⁾. Los actos hostiles individualmente considerados son así inocentes, pero en un ataque sistemático dañan por su

(9) El desarrollo de esta afirmación puede consultarse en: RUIZ CASTILLO, María del Pilar. “La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, p. 486. De similar opinión es la sentencia del Juzgado de lo Social N° de Girona del 17 de setiembre de 2002, Resolución 374/2002, en la que expresamente se reconoció que los comportamientos mediante los que se acosa pueden ser variados.

(10) LEYMANN, Heinz “Mobbing and psychological terror at workplaces”, *Violence and Victims Review*, vol. 5, N° 2, 1990(a): 119-126.

repetición;⁽¹¹⁾ así, lo que destruye es la sistematicidad, la repetición de las vejaciones y de las humillaciones⁽¹²⁾.

Si retomamos la necesidad de adoptar un nuevo enfoque de cara a las recientes manifestaciones de la violencia, entonces, como señala Blancas, “(...) al momento de apreciar una queja o demanda sobre acoso moral será indispensable, para la autoridad encargada de resolverla, apreciar el panorama completo y no acciones aisladas pues si se detiene a mirar el árbol perderá de vista el bosque y le será imposible descubrir la existencia del acoso moral”⁽¹³⁾. Así, continúa el autor, no se trata “(...) de analizar separadamente una sucesión de actos hostiles sino de apreciar en qué medida el encadenamiento de estos llega a configurar una conducta que, gracias a su reiteración y sistematicidad, se traduce en una situación de violencia o acoso al trabajador”.⁽¹⁴⁾

3. Objeto y Efecto

Existe cierto nivel de discusión en cuanto a la presencia conjunta de estos elementos en un proceso de *mobbing*. Así, señalan algunos que la intencionalidad es un elemento que debe quedar ajeno a la respuesta jurídica y que el elemento configurador del *mobbing* se debe definir en función de sus efectos sobre la víctima y no según la intencionalidad del acosador.⁽¹⁵⁾ No obstante, como expone Visconi, los actos de acoso psicológico son ilegítimos por la intencionalidad ofensiva de la conducta ya que el *atti perturbanti* puede ser lícito o jurídicamente neutro.⁽¹⁶⁾

Son dos los enfoques para este análisis. Mientras un enfoque subjetivo llevaría a analizar la intencionalidad (objeto) del acosador, una aproximación objetiva estaría enfocada en determinar si el comportamiento causó (efecto) un daño en la víctima o si este es idóneo para causarlo. El recurso a la sistematicidad de la conducta (y aquí se manifiestan nuevamente como elementos centrales del concepto la frecuencia y la duración de la conducta) podría conciliar ambos enfoques.

III. LOS EFECTOS EN LA SALUD Y BIENESTAR DEL TRABAJADOR

Las consecuencias de un proceso de acoso psicológico pueden verse reflejadas tanto en el individuo como en las organizaciones y la sociedad en general.

(11) De semejante opinión son: NAMIE, Gary y Ruth Nadie, “Workplace Bullying: How to Address America’s Silent Epidemic”, *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol. 8, 2004, p. 324.

(12) HIRIGOYEN, Marie-France, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, 1998 (tr. española de Enrique Folch González, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 179). Asimismo, recalca la autora que esta situación es la de una agresión a perpetuidad, cada nueva ofensa es un eco de las precedentes e impide olvidar. En: *Ibidem*, p. 103.

(13) En: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El acoso moral en la relación de trabajo*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 25.

(14) *Ibidem*

(15) Sostienen esta posición ESCUDERO MORATALLA, José Francisco y Gloria Poyatos i Matas, *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 348.

(16) Sostiene esta posición VISCONI, Antonio, “Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti”, *Revista Lavoro e Diritto*, Tomo XVI, N° 1, Invierno, 2002, pp. 45-65.

Asimismo, en lo que se refiere al individuo, estas pueden hacer referencia a la salud y bienestar del trabajador, las vinculadas al trabajo, las económicas, como es la pérdida de ingresos y los gastos asociados a la recuperación de la salud. Al estar enfocada esta ponencia en el *mobbing* como riesgo psicosocial en el trabajo, únicamente se hará referencia a las afectaciones individuales, tanto en el plano físico como el psicológico.

1. Afectaciones a la salud y bienestar del trabajador

En el plano personal tanto el aspecto físico como el psicológico puede verse seriamente afectados como consecuencia de una exposición reiterada a prácticas hostiles.⁽¹⁷⁾ El olvido y pérdida de memoria, las dificultades para concentrarse, el decaimiento y la depresión, la apatía y falta de iniciativa, la irritabilidad, la inquietud, nerviosismo y agitación, la agresividad y los ataques de ira, los sentimientos de inseguridad y la hipersensibilidad a los retrasos, las pesadillas y los sueños vívidos, los dolores de estómago y abdominales, las diarreas y el colon irritable, los vómitos, las náuseas, la falta de apetito, la sensación de nudo en la garganta, el llanto y el aislamiento, los dolores en el pecho, la sudoración, la sequedad en la boca, las palpitaciones, los sofocos, la sensación de falta de aire, la hipertensión y la hipotensión neuralmente inducida, los dolores de espalda dorsales y lumbares, los dolores cervicales y musculares, la dificultad para conciliar el sueño, el sueño interrumpido y el despertar temprano, la fatiga crónica, la flojedad en las piernas, la debilidad, los desmayos y los temblores son algunas de las consecuencias que pueden afectar la salud de los sometidos a este tipo de prácticas.⁽¹⁸⁾

De igual manera, las prácticas de *mobbing* pueden generar afectaciones psicológicas de mayor gravedad como lo es la ansiedad, la depresión –que a su vez genera un círculo vicioso al hacer a la persona afectada más susceptible de percibir el comportamiento de otras personas como hostil⁽¹⁹⁾– el burnout⁽²⁰⁾ y el síndrome de

(17) En esta línea, un estudio realizado a nivel nacional en Irlanda indicó que el 40% de las víctimas reportó que el *mobbing* había afectado su salud física y el 43% su salud mental. Consecuentemente, 26% y 92%, respectivamente, buscaron ayuda médica o tratamiento psiquiátrico. Uno de cada cinco reportó tomar medicamentos como consecuencia de la experiencia. Los resultados de esta investigación fueron publicados en: O'MOORE, Mona, *Bullying at Work in Ireland: A National Study*, Dublin, Anti Bullying Centre, 2000; la referencia a los mismos también se encuentra en: DI MARTINO, Vittorio; Helge Hoel; y, Cary L. Cooper, European Foundation for the improvement of Living and Working Conditions, *Preventing violence and harassment in the workplace*, Luxemburg, Office for Official Publications of the European Communities, 2003, p. 61.

(18) Estos efectos fueron reportados gracias a un estudio médico realizado sobre trescientas cincuenta víctimas. Estudio referido en: PIÑUEL, Iñaki. *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santillana, Madrid, 2003, pp. 116-118.

(19) KIVIMÄKI *et al* reportó una relación directamente proporcional entre el *mobbing* y la incidencia de depresión, lo que permite sugerir que los ataques sistemáticos y prolongados pueden ocasionar cambios en el comportamiento del agredido, cambios que pueden implicar percepciones obsesivas del comportamiento de quienes lo rodean. En: KIVIMÄKI, Mika; Marianna Virtanen; Maarit Vartia; Marko Elovainio; Jussi Batear; y, Liisa Keltikangas-Järvinen, "Workplace bullying and the risk of cardiovascular disease and depression", *Occupational & Environmental Medicine*, vol. 60, 2003, pp. 781-782.

(20) El burnout, síndrome de estar quemado o síndrome de angustia profesional, es una situación que afecta la salud emocional y que se caracteriza por tres desajustes principales: (i) la persona se siente emocionalmente

estrés post-traumático. Asimismo, ya han sido reportadas serias alteraciones en el aspecto físico como las enfermedades cardiovasculares,⁽²¹⁾ la diabetes y el cáncer⁽²²⁾.

No se trata entonces de una simple alarma o presunción acerca de las múltiples consecuencias o posibles impactos que en los trabajadores afectados podrían generar las sensaciones de humillación o vergüenza a las que muchos de estos son expuestos como consecuencia de actos y/o actitudes hostiles,⁽²³⁾ sino de correlaciones que vienen siendo materia de estudio a nivel internacional y en distintas áreas, en las cuales los primeros resultados muestran ya un claro incremento en el riesgo de sufrir afectaciones en la salud.

Sobre el particular, cobran importancia las palabras de Forrester, quien en *El horror económico* señaló que “nada debilita ni paraliza tanto como la vergüenza”, [ya que esta] “altera al individuo hasta la raíz, agota las energías, admite cualquier despojo, convierte a quienes la sufren en presa de otros”⁽²⁴⁾. Esta idea la complementa Fisk al referirse a la humillación,⁽²⁵⁾ emoción que usualmente implica la exposición personal ante un tercero por requerir al menos tres personas para que se configure –el que humilla, el humillado y el o los testigos–, y que es capaz de calar tan hondo en el trabajador, persona ya adulta, como en la de un niño o adolescente⁽²⁶⁾.

desgastada por el trabajo; (ii) la persona desarrolla una tendencia a tratar a los demás como objetos impersonales y no como humanos; y, (iii) la persona experimenta un bajo sentimiento de realización personal. Sobre el particular puede consultarse: DÍAZ VILLENNA, Noemí; Teresa Mendo Zelada; y, César Vásquez Olcese, “El Síndrome de Burnout en enfermeras de los servicios hospitalarios de la provincia de Trujillo”, *Revista de Psicología de la Universidad César Vallejo*, vol. 5, Trujillo, 2003, pp. 7-19.

- (21) Un estudio de 5432 empleados de hospitales realizado en dos años para evaluar el nexo entre el *mobbing* y problemas de la salud, demostró que la exposición a este tipo de prácticas estaba asociada con el incremento en el riesgo de contraer enfermedades cardiovasculares. Los resultados de este estudio se encuentran en: KIVIMÄKI *et al* (...). Ob. cit., pp. 779-783.
- (22) Una lista detallada de otras posibles enfermedades se encuentra en: PIÑUEL (...) Ob. cit., (2003), pp. 122-123. Entre estas se destacan especialmente los problemas menstruales, los problemas de la piel, la aparición o incremento de alergias o asma, la alopecia psicógena (calvicie de origen psicológico) y el derrame cerebral.
- (23) José María Peiró, en su estudio sobre los desencadenantes del estrés laboral, señaló la importancia que se le debe a dar a la calidad de las relaciones (en las cuales los actos hostiles son un factor negativo) a la hora de determinar su potencial estresor. Así, destacó que unas buenas relaciones entre los miembros del grupo de trabajo son un factor central de la salud personal y organizacional, mientras que, unas relaciones desconfiadas, poco cooperativas y predominantemente destructivas pueden producir elevados niveles de tensión y estrés entre los miembros de un grupo u organización. En: *Desencadenantes del estrés laboral*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1999, pp. 50 – 61.
- (24) En: FORRESTER, Viviane, *L'Horreur économique*, 1996 (tr. Española de Daniel Zadunaisky, *El horror económico*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 14-15.
- (25) Al respecto ver: FISK, Catherine L, “Humiliation at Work”, *William and Mary Journal of Women and the Law*, Fall 2001, pp.73-88.
- (26) Sobre el particular es ilustrativa la película *Bang Bang you are dead!*. (guión de William Mastrosimone y dirigida por Guy Ferland en el año 2002). Vincula la violencia en escuelas con el bullying (denominación que suele darse a la violencia psicológica en dicho campo). La película ha ganado premios del Daytime Emma Awards, Nantucket Film Festival y Peabody Awards y ha sido reconocida por su contribución al tratar este tipo de problemas. Puede encontrarse mayor información en: <www.imdb.com> y en la página oficial de la obra de teatro en la cual esta película se basa: <www.bangbangyouaredead.com>

2. Información estadística de algunas posibles afectaciones. El barómetro Cisneros y otros estudios

El barómetro Cisneros, estudio realizado por la Universidad Alcalá de Henares y dirigida por el profesor Iñaki Piñuel sobre violencia en el entorno laboral, encontró que más de un 7% de la población activa encuestada declaraba padecer algún tipo de problema psicológico que atribuyen al acoso psicológico laboral, que un 63% indica sufrir dolores de espalda, 54% irritación fácil, 48% dolores de cabeza, depresión y dolores cervicales,⁽²⁷⁾ 47% perturbaciones en la conciliación del sueño, 44% sueño interrumpido, 43% deficiencias de concentración, 32% problemas de memoria, 35% inseguridad y 25% fatiga crónica.⁽²⁸⁾

En la misma línea, un estudio noruego realizado en 1991 reportó que el 21.6% de los 2095 trabajadores incluidos en la muestra sentía una reducción general en su bienestar personal por el *mobbing*, los mismos que indicaron verse mayoritariamente afectados por cuadros de depresión seguidos de otras dolencias físicas y psicológicas.⁽²⁹⁾ Asimismo, en dos investigaciones finesas realizadas en 1992 y 1994 y en otra efectuada entre 1993 y 1994 en Austria y Alemania, se concluyó que los trabajadores acosados psicológicamente experimentaban una incidencia significativamente mayor de síntomas psicósomáticos y depresivos así como un grado significativamente mayor de ansiedad, agresión y síntomas de estrés post – traumático,⁽³⁰⁾ lo que se correlaciona con el 54% de afectados que debieron recibir tratamiento médico según información de un estudio realizado exclusivamente sobre las víctimas del *mobbing*.⁽³¹⁾

En el Perú, si bien no se tiene noticia de investigaciones que vinculen situaciones de acoso psicológico con cuadros de depresión, es importante destacar que,

(27) Uno de los tipos de dolores de cabeza más frecuentes es la migraña, enfermedad neurológica que en España genera unas pérdidas anuales por absentismo laboral y gasto en tratamientos superiores a los mil millones de euros y que ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una de las más discapacitantes junto a la tetraplejia y la demencia. *La migraña* –ha señalado Antonio Gil, director general de la Fundación Española de Enfermedades Neurológicas (FEEN)- *impide a la persona hacer una vida laboral y social normal*". En: "La migraña supone un coste anual de más de mil millones", *Yahoo noticias* (edición electrónica) 10.07.2006.

(28) BLANCO BAREA, Cruz. "Más de millón y medio de españoles son víctimas de acoso moral en el trabajo". *El País* (España) 4.6.2001, Sección Sociedad.

(29) En: EINARSEN, Stale y B.I. Raknes, "*Mobbing* i arbeidslivet. En undersøkelse av forekomst og helsemessige konsekvenser av *mobbing* på norske arbeidsplasser", *Forskningsenter for Arbeidsmiljø, Helse og Sikkerhet (FAHS)*, 1991.

(30) En: PAPAIOANNOU, S., y L. Sjöblom, *Arbetsplatstråkassering i kvindominerad vardmiljö*. Abo: Abo Akademi, humanistiska fakulteten, psykologiska institutionen, 1992. (Acoso en un ambiente laboral femenino); BJÖRKVIST, K., ""Tråkassering förekommer bland anställda vid AA". *Meddelanden Fran Abo Akademi*, Vol. 9, pp. 14-17; y, NIEDL, Klaus, "*Mobbing* and Well-being: Economic and Personnel Development Implications", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, N° 2, 1996: 239-249.

(31) En: ZAPF, Dieter; Carmen Knorz; y, Matthias Kulla, "On the Relationship between *Mobbing* Factors, and Job Content, Social Work Environment, and Health Outcomes", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, N° 2, 1996: 215-237.

según un estudio del Instituto Nacional de Salud Mental, la prevalencia de la depresión en Lima es de 18.2% y que el mercado local de antidepresivos creció 10%, 12% y 6.5% en el 2002, 2003 y 2004, respectivamente, y que hasta mayo de 2005 el crecimiento fue del 16.8%.⁽³²⁾ Estos datos, aunque no puedan ser utilizados para hacer las relaciones que las investigaciones referidas han llegado a establecer, sí podrían ser indicios de su existencia y podrían ser punto de partida para estudios que profundicen sobre el origen de ese mayor consumo.

3. Síndrome de Estrés Post - Traumático y Síndrome de Ansiedad Generalizada

Leymann y Gustafsson investigaron de forma exclusiva la correlación del *mobbing* con el Síndrome de Estrés Post – Traumático llegando a la alarmante conclusión que este desorden mental amenaza a la mayoría de víctimas del *mobbing*, siendo la incidencia de aquel incluso mayor a la encontrada en un estudio noruego de mujeres víctimas de violación.⁽³³⁾

Según la hipótesis planteada en esta investigación, la mayor gravedad de este desorden guardaría relación con el tiempo prolongado que los procesos de acoso implican,⁽³⁴⁾ con lo que nuevamente el foco de la atención se dirige a la sistematicidad (frecuencia y duración) de la conducta.⁽³⁵⁾ Así, este estudio reportó que por lo menos el 30% de los pacientes examinados tenían diariamente dificultad en dormir, no estaban descansados en la mañana y se sentían mental y físicamente cansados durante el día; y, el 33% presentaba una depresión moderada mientras que el 39% requería tratamiento médico. No obstante, lo más alarmante es que de estos 64 pacientes, 59 fueron diagnosticados con el Síndrome de Estrés Post – Traumático y la mayoría de ellos tenía mayores síntomas que los requeridos para realizar el diagnóstico, denotando así la complejidad y gravedad del cuadro que presentaban.

(32) Estos datos han sido extraídos de una nota publicada en: NIEZEN, Cecilia, “Mercado de antidepresivos crece año a año en el Perú”, *El Comercio* (Perú), 31.07.2005, Sección Economía, B1.

(33) Para la realización de este estudio se trabajó con 64 pacientes del Sweden’s RehabCenter., Inc. De estos 64 pacientes 20 (31%) eran hombres y 44 (69%) mujeres. Asimismo, la mayor parte de los pacientes tenían entre 41 y 50 años (53% o 34 individuos), 23% o 15 individuos tenían entre 51 y 60 años, 13% o 8 individuos estaban entre los 31 y 40 años, 5% o 3 individuos eran mayores de 61 años o menores de 30. finalmente, 14 individuos (22%) ocupaban puestos gerenciales. En: LEYMANN, Heinz y Annelie Gustafsson, “*Mobbing at Work and the Development of Post Traumatic Stress Disorders*”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5 (2), 1996 (b): 251-275.

(34) En una comparación con casos de mujeres violadas estos autores señalan: “nuestros pacientes, como las mujeres violadas, se encuentran ante una continua amenaza. Mientras el violador esté suelto, la mujer puede ser atacada nuevamente. Mientras el acosado no reciba apoyo efectivo, él o ella puede ser destrozado en cualquier momento”. En: LEYMANN *et al* (...), Ob. cit., (1996b), p. 273.

(35) Al respecto, se puede ver la opinión coincidente de Groeblichhoff y Becker para quienes la intensidad del Síndrome de Estrés Post-Traumático causado por el *mobbing* es incomparablemente mayor que aquel causado por un solo evento estremeceador como puede ser el presenciar un fatal accidente de tráfico. En: GROEBLINGHOFF, Dieter y Michael Becker, “A Case Study of *Mobbing* and the Clinical Treatment of *Mobbing* Victims”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5 (2), 1997, pp. 277-294.

Cuadro 1

Cuadro para el diagnóstico del Síndrome de Estrés Post – Traumático de acuerdo al manual para el diagnóstico de desórdenes mentales (DSM – IV) publicado por la Asociación de Americana de Psiquiatría.

- A. La persona ha sido expuesta a un evento traumático en el cual los dos elementos siguientes estaban presentes:
- (1) La persona experimentó, fue testigo o fue confrontada con un evento o eventos que implicaron una amenaza de muerte o herida grave, o una amenaza a la integridad física propia o de otros;
 - (2) La respuesta de la persona implicó miedo intenso, sensación de abandono u horror.
- B. El evento traumático es persistentemente re-experimentado en una (o más) de las siguientes formas:
- (1) Imágenes recurrentes, insistentes y dolorosas del evento
 - (2) Pesadillas recurrentes del evento
 - (3) La persona puede actuar o tener la misma sensación como si el evento traumático se estuviera repitiendo (esto incluye la sensación de estar experimentando nuevamente el evento traumático, ilusiones, alucinaciones, flashbacks)
 - (4) Incomodidad psicológica intensa ante la presencia de eventos que simbolizan o son similares a algunas aspectos del evento traumático.
- C. La persona evita constantemente cualquier estímulo que pueda ser asociado con el trauma o muestra una reacción innecesaria o exagerada en al menos tres de las siguientes formas:
- (1) Esfuerzos para evitar pensamientos o sensaciones asociadas con el trauma
 - (2) Esfuerzos para evitar actividades o situaciones que implican recuerdos del trauma
 - (3) Inhabilidad para recordar algunos aspectos importantes del trauma (amnesia psicogénica)
 - (4) Considerables reducción del interés en actividades importantes
 - (5) Sensación de falta de interés o expulsión por parte de otros
 - (6) Sensación limitada de afecto (por ejemplo, inhabilidad para tener sentimientos de amor)
 - (7) Sensación de no tener futuro (por ejemplo, no se espera tener una carrera, casarse, tener hijos o vivir una vida larga)
- D. Signos permanentes de hipersensibilidad que se manifiestan en al menos dos de las siguientes formas:
- (1) Dificultad para dormir o estar despierto
 - (2) Irritabilidad o sensaciones de furia
 - (3) Dificultad de concentración
 - (4) Hipervigilancia
 - (5) Reacción exagerada a estímulos externos inesperados
 - (6) Reacciones fisiológicas en presencia de eventos que simbolizan o son similares a algunos aspectos del evento traumático
- E. Los disturbios deben estar presentes al menos durante un mes.

Desórdenes como el descrito, o el desorden de ansiedad generalizada que suele desarrollarse tras uno o dos años de exposición reiterada al evento traumático (como parece ser usual en los casos de *mobbing*), pueden generar un cambio permanente en la personalidad de la víctima con marcados elementos obsesivos o depresivos,⁽³⁶⁾ de ahí que, usualmente, cuando el desorden se presenta por más de tres meses, no sea posible evaluar la personalidad original de la víctima y, lo que en consecuencia se diagnostica, es la destrucción de la personalidad y la identidad⁽³⁷⁾.

Cuadro 2

Cuadro para el diagnóstico del Desorden de Ansiedad Generalizada de acuerdo al manual para el diagnóstico de enfermedades mentales (DSM - IV) publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría

- A. Ansiedad y preocupación excesiva que se presenta en la mayoría de días en un periodo de al menos seis meses relacionadas con ciertos eventos o actividades tales como el rendimiento en el trabajo o la escuela.
- B. La persona encuentra dificultad para controlar la preocupación
- C. La ansiedad y la preocupación están asociadas con tres (o más) de los siguientes seis síntomas (con algunos de los síntomas presentes durante la mayor parte del tiempo durante los últimos seis meses):
 - b.
 - (1) Sensación de falta de descanso o de estar al límite
 - (2) Fatigarse fácilmente
 - (3) Dificultad para concentrarse o se tiene la mente en blanco

(36) De acuerdo al estudio de Leymann y Gustafsson los elementos obsesivos suelen consistir en una actitud hostil y suspicaz hacia lo que rodea a la víctima, una sensación crónica de que uno se encuentra en peligro constante, una preocupación compulsiva sobre el destino propio que sobrepasa los límites de la tolerancia y que conduce al aislamiento e hipersensibilidad a las injusticias y una identificación constante con el sufrimiento de otros de forma patológica y compulsiva. Por su parte, los elementos depresivos se suelen manifestar en una sensación de vacío y desasosiego, inhabilidad crónica para experimentar alegría de eventos comunes del día a día y un riesgo constante en el abuso de psicofármacos. En: LEYMANN et al (...) Ob. cit., (1996b), pp. 251-275.

(37) Adicionalmente, de esta conclusión los autores sugieren que, al no poder ser investigada la personalidad originaria de la víctima, no es factible concluir ni asumir que algunos tipos de personalidad son los más pasibles de ser afectados con un proceso de *mobbing*. En: GROEBLINGHOFF, Dieter y Michael Becker, "A Case Study of *Mobbing* and the Clinical Treatment of *Mobbing* Victims", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5 (2), 1997: 284-285. Esta conclusión coincide con la de Richman, Flaherty y Rospenda quienes, para analizar la relación entre el consumo de alcohol y las relaciones de trabajo abusivas, examinaron el alcance de los rasgos narcisistas en las personalidades de los participantes en la investigación. Los investigadores llegaron a la conclusión que los rasgos narcisistas no predecían el reporte de conductas hostiles y que, en todo caso, las conductas reportadas que pudieran tener esta relación no eran las que explicaban el consumo de alcohol. En: RICHMAN, Judith; Joseph Flaherty; y, Kathleen Rospenda, "Perceived workplace harassment experiences and problem drinking among physicians: broadening the stress/alienation paradigm", *Addiction*, vol. 91(3), 1996: 391-403. Esta conclusión es importante en el ámbito del derecho toda vez ayuda a disminuir prejuicios sobre la predisposición en las víctimas como mecanismo para deslindar responsabilidades o evitar su reconocimiento legal.

(4) Irritabilidad

(5) Tensión muscular

(6) Disturbios de sueño (dificultad para conciliar el sueño o para mantenerse despierto, sueño no reparador)

D. El foco de la ansiedad y de la preocupación no se debe al temor de tener un ataque de pánico (como en el desorden de pánico), ser avergonzado en público (como en una fobia social), ser contaminado (como en un desorden obsesivo-compulsivo), estar lejos de casa o familiares cercanos (como en un desorden de separación ansiosa), aumentar de peso (como en la anorexia nerviosa), tener múltiples quejas físicas (como en un desorden de somatización), o tener una enfermedad seria (como en la hipocondriasis), y la ansiedad y preocupación no se dan exclusivamente durante el Desorden de Estrés Post-Traumático.

E. La ansiedad, preocupación, o síntomas físicos ocasionan, clínicamente consideradas, notables disturbios e incapacidades en importantes áreas del desenvolvimiento de una persona tales como la social y la ocupacional.

F. El disturbo no se debe a los efectos fisiológicos directos de alguna sustancia (como abuso de drogas o de medicación) o a una condición médica (como el hipertiroidismo) y no ocurre exclusivamente durante un desorden de ánimo, desorden sicótico, o el desarrollo de un desorden perverso.

En este punto una pregunta se torna inevitable: ¿cuál es el tratamiento –y de ahí el costo– que estas personas deben afrontar? De acuerdo a la opinión coincidente de Leymann, Groeblichhoff y Becker, lo ideal es seguir una terapia médica individual combinada con múltiples periodos de ausencia por enfermedad y la prescripción de ciertos psicofármacos. Si la presión psicológica aumenta, el tratamiento clínico-psiquiátrico⁽³⁸⁾ es casi inevitable y aquí surge el riesgo de diagnósticos equivocados que añan en la estigmatización y exclusión social de la víctima, lo que a su vez exacerba los impulsos suicidas que durante esta etapa suelen presentarse.⁽³⁹⁾

IV. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVIDAD SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Los mecanismos de protección de riesgos laborales –sean estos específicos o generales- pueden estar orientados a evitar la ocurrencia del fenómeno, a reparar el daño producido y a sancionar al agresor y al responsable de evitar tal agresión en caso no se trate de la misma persona. En el primer caso se trata de mecanismos de protección ex-ante, mientras que los dos últimos hacen referencia a mecanismos de protección ex-post.

(38) En Suecia el *Swedish RehabCenter Inc. Violen.* cuenta con un programa especial para el tratamiento de las víctimas del *mobbing*. Una clínica similar operó en Alemania desde 1992 hasta 1994, tratando en este periodo a un promedio de 100 personas.

(39) Al respecto ver: LEYMANN *et al* (...), Ob. cit., (1996b), pp. 271-273; y, GROEBLINGHOFF *et al* (...), Ob. cit., 289-290.

En el caso del *mobbing*, la prevención, en cuanto mecanismo orientado a evitar la aparición o el mayor desarrollo del fenómeno, reduciría la necesidad de las víctimas de recurrir a mecanismos de protección ex-post, los cuales, si bien importantes, han probado no tener el impacto deseado en la reducción de los daños o en la eliminación de la agresión una vez se está frente a una situación en curso.⁽⁴⁰⁾ Así, una política para el *mobbing* debe preferir una aproximación preventiva al fenómeno que no deje de considerar medios de reparación y sanción adecuados a la problemática específica que plantea el acoso psicológico en el trabajo. La aproximación desde la normatividad de la seguridad y salud en el trabajo nos permite abordarla de esta manera.

1. Marco General

La Constitución resalta el valor de la dignidad en el ámbito laboral peruano al establecer en el artículo 23 que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad de trabajador”, y con ello impone un marco de análisis para abordar toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador⁽⁴¹⁾.

Tal como reconoce el Tribunal Constitucional, el trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma y, como consecuencia de ello, implica la acción del hombre con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas.⁽⁴²⁾ Así pues, es en este sentido integral que el trabajo, como base de bienestar social y medio de realización de la persona, debe ser entendido y protegido.

En este marco de protección el derecho a la salud adquiere especial relevancia. Al respecto, el artículo 7 de la Constitución reconoce que “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como

(40) Asimismo, se han reportado consecuencias negativas adicionales para las víctimas en los casos en que los mecanismos para hacer frente a esta situación fracasen. Así por ejemplo, el estudio de RICHMAN *et al* que relacionó el acoso laboral, las estrategias para hacerle frente y el consumo de alcohol, reveló que el mayor porcentaje de situaciones en las cuales la persona bebió hasta la intoxicación fueron aquellas en las que el acoso había continuado a pesar de los mecanismos empleados por la víctima para detenerlo. En: RICHMAN, Judith, Kathleen Rospenda; Joseph Flaherty; y, Sally Freels, “Workplace harassment, active coping, and alcohol related outcomes”, *Journal of Substance Abuse*, vol. 13, 2001, pp. 347-366.

(41) Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “*En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador. Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.* (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, fundamento 7).

(42) “Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc”. (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 008-2005-PI/TC, fundamento 18).

el deber de contribuir a su promoción y defensa”⁽⁴³⁾. En base a este reconocimiento el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR, afirma, a través de la positivización del principio de protección, el derecho de los trabajadores a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que le garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social; a la vez que, mediante el principio de prevención, impone al empleador la obligación de garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.

Así pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, los riesgos psicosociales, y de ahí el acoso psicológico, importan el quebrantamiento de dicho bienestar. Constituye, por lo tanto, tarea del Estado desarrollar un marco de protección adecuado contra la violencia en sus diversas manifestaciones, pero también importa la responsabilidad del empleador en aquellas situaciones que dichas conductas se desarrollen con ocasión de la relación laboral. Tanto el derecho al trabajo como el derecho a la dignidad en el trabajo y el derecho a la salud importan un rol activo por parte de los empleadores.

En tal sentido, siendo que todo derecho contrapone un deber, constituye deber del empleador procurar que sus trabajadores laboren en condiciones satisfactorias, dignas y sin menoscabo en su salud. De ahí que la obligación de asegurar que ninguna relación laboral: (i) limite el ejercicio de los derechos constitucionales; (ii) desconozca la dignidad del trabajador; y/o, (iii) rebaje la dignidad del trabajador, importe en gran medida una labor de prevención del Estado y de los empleadores orientada a elaborar políticas y diseñar o aplicar intervenciones, y a promover la lucha contra la violencia mediante la educación y la información científica.⁽⁴⁴⁾

2. El Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo

El Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo identifica expresamente los riesgos psicosociales como riesgos del trabajo e impone en el empleador la responsabilidad de su prevención. No obstante, si bien en el Decreto Supremo N° 007-2007-TR se definen las condiciones y medio ambiente de trabajo como “aquellos elementos, agentes o factores presentes en el proceso de trabajo que tienen influencia en la generación de riesgos que afecten la seguridad y salud de los trabajadores”, y a tal efecto se establece que quedan específicamente incluidos en dicha definición “la organización y ordenamiento de las labores, relaciones laborales, incluidos los factores ergonómicos y psicosociales”, a diferencia de lo que sucede con los factores ergonómicos, los psicosociales no cuentan con definición alguna.

(43) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud debe ser entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

(44) Al respecto: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, Ginebra, 2002, pp. 300.

Tradicionalmente, la seguridad y la salud en el trabajo han sido asociadas con los aspectos físicos de la persona y es, en este sentido, que los distintos reglamentos sectoriales sobre la seguridad y la higiene en el trabajo se han desarrollado en el Perú.⁽⁴⁵⁾ No obstante, tal como señala Supiot, “el alcance de la idea de seguridad en el trabajo no se limita a las reglas técnicas tendentes a prevenir o a reparar las lesiones físicas que puede ocasionar el trabajo, sino que se extiende a todos los aspectos de la existencia biológica del trabajador”⁽⁴⁶⁾.

Las normas sobre medio ambiente de trabajo “tienen un valor realmente simbólico –el de llevar a los ambientes de trabajo el respeto por la vida que debe impregnar toda cultura”⁽⁴⁷⁾. Siguiendo la tendencia general, en el ordenamiento peruano este tipo de normas ha adquirido “una minuciosidad y un tecnicismo extraordinarios”⁽⁴⁸⁾ para adaptarse a los riesgos físicos, químicos e incluso ergonómicos. En contraposición a este desarrollo, la sola referencia a los riesgos psicosociales y la ausencia de desarrollo en torno a los mismos cuestiona la eficacia del ordenamiento jurídico – laboral y subestima las reales consecuencias de estos factores⁽⁴⁹⁾.

Como señala la Organización Internacional del Trabajo, “en los últimos años han surgido nuevos problemas de salud relacionados con el trabajo”⁽⁵⁰⁾, como es, entre otros, el agotamiento debido al estrés. El Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo al no brindar información sobre las manifestaciones y consecuencias de los riesgos psicosociales, dentro de los cuales ineludiblemente se encontraría la violencia en el trabajo en sus diversas manifestaciones, incluyendo el acoso psicológico, falla manifiestamente en su prevención.

3. El *mobbing* como riesgo psicosocial del trabajo

Leymann, en una de sus primeras publicaciones sobre la materia, expresó su preocupación por la ignorancia o falta de reconocimiento del *mobbing* en la sociedad del trabajo ya que para él era probable que el acoso psicológico, al menos

(45) Al respecto, cabe hacer referencia al Reglamento de Seguridad Industrial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 42-F; Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-2001-EM, Reglamento de Seguridad e Higiene Ocupacional del Sub-sector Electricidad, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 263-2001-EM/VME y el Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2007-EM.

(46) En: SUPLOT, Alain, *Critique du droit du travail*, 1994 (tr. española de José Luis Gil y Gil, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 93).

(47) En: ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, (5.ª ed., 1994) p. 334.

(48) Sobre el particular, Supiot señalaría que estas normas tienen un carácter detallado, reglamentario y muy a menudo técnico o prosaico que desagrada en general a los juristas. En: SUPLOT (...) Ob. cit., p. 92.

(49) Sobre el particular, Alonso Olea señala que “el cuidado con que las normas de seguridad e higiene del trabajo sean redactadas y mantenidas al día, el celo con que sean aplicadas y difundido su conocimiento, y el rigor con que sean sancionadas sus infracciones, constituye uno de los mejores índices, si no decididamente el mejor, de la bondad y de la eficacia del ordenamiento jurídico laboral estatal”. En: ALONSO OLEA (...) Ob. cit., p. 334.

(50) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo Decente, Memoria del Director General en al Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión*, Ginebra, 1999, pp. 43-44.

en su primera etapa, fuera consecuencia de dicho desconocimiento⁽⁵¹⁾. En la misma línea, Richman señala que el reconocimiento legal (o convencional) del *mobbing* como problema social en el ámbito del trabajo, así como la introducción de recursos institucionales o legales para hacerle frente, serían de gran relevancia en el intento por promover el conocimiento y la consecuente denuncia de tales comportamientos por parte de las víctimas.⁽⁵²⁾

En el Perú, el *mobbing* ingresa al escenario normativo con la Resolución Ministerial N° 374-2008-TR que desarrolla diversos aspectos relacionados con los riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. Así, como último peligro del listado de agentes psicosociales (anexo 4) se considera el acoso psicológico, el cual es identificado como un riesgo de aborto o parto prematuro. Asimismo, esta es la primera oportunidad en que la legislación peruana consigna una definición de este proceso y, a tal efecto, lo considera como “un trato vejatorio y descalificador, con el fin de desestabilizarla psíquicamente”.

Demás está señalar que el acoso psicológico no solo constituye un riesgo para la mujer gestante, sino que en general forma parte de los riesgos psicosociales aplicables a todos los trabajadores. En este sentido, si bien limitada su introducción, la misma podría servir de base para un eventual reclamo judicial o administrativo.

Coincidimos con Blancas en que ya no resulta posible cuestionar que el *mobbing* constituya un riesgo laboral. La relación entre las conductas de acoso y los daños a la salud física y psíquica de la víctima viene siendo ampliamente demostrada. Siendo ello así, el reconocimiento de los riesgos psicosociales y su inclusión en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo revisten especial importancia ya que hoy en día, en atención a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 009-2005-TR los riesgos psicosociales deben formar parte de la evaluación de riesgos laborales a la que está obligado a efectuar el empleador, lo que redundaría en un intento de prevención. Asimismo, permitiría atribuir responsabilidad al empleador por las consecuencias que se derivan de la ausencia de medidas de prevención frente al acoso psicológico.

(51) En: LEYMANN(...), Ob. cit., 1990a, p. 120.

(52) De acuerdo a las investigaciones realizadas la respuesta más común por parte de las víctimas ante este tipo de ataques ha sido mayoritariamente pasiva. En efecto, en promedio entre hombres y mujeres, el 69.15% optó por no reportar lo sucedido a su superior, el 52.75% no confrontó al acosador, y el 95.1% no interpuso ningún tipo de queja. Resultados adicionales de la investigación pueden consultarse en: RICHMAN(...), Ob. cit., 2001, pp. 347-366.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: REALIDAD Y RETOS DE LAS FISCALIZACIONES LABORALES

Jorge Toyama Miyagusuku^()*

El trabajo productivo es parte del desarrollo y evolución de cualquier ser humano. El trabajo sin embargo está expuesto a diferentes grados de riesgos y daños a la salud. Es un deber del Estado tener programas de prevención y fiscalización para que los trabajadores laboren en ambientes laborales seguros y sanos.

Hoy en día los riesgos de trabajo constituyen uno de los problemas más importantes que influyen en la salud de los trabajadores en todo el mundo así como en la productividad de las empresas. Estos riesgos se han venido presentando en el curso de la historia de diferentes maneras, persistiendo los tradicionales –riesgos como la exposición a la alta presión acústica, condiciones térmicas inadecuadas, trabajo en altura, inhalación de polvos, humos o vapores, exposición a sustancias químicas– que conviven con los nuevos –como el estrés, la nanotecnología y biotecnología y riesgos ergonómicos–.

La función de la inspección del trabajo es clave en la tutela de la en seguridad y salud en el trabajo ante los tradicionales y nuevos riesgos originados por el avance tecnológico. Para ello es necesaria la maximización de la labor inspectiva a fin de abarcar la mayor cantidad de empresas y trabajadores para reducir los riesgos en salud y seguridad laborales. A través del presente artículo queremos referirnos a las fiscalizaciones laborales en seguridad y salud en el trabajo, especialmente a los accidentes de trabajo en tanto que son una lamentable –y creciente– expresión cotidiana de nuestra realidad y representan la mayor actuación de los servicios inspectivos: queremos analizar si existe una política adecuada en las fiscalizaciones

(*) Profesor Principal de la PUCP. Co Director de *Soluciones Laborales*. Profesor en Esan, Centrum y UPC.

laborales que no solo sancionen y multen sino que se orienten hacia la prevención en seguridad y salud en el trabajo y fortalecer una cultura que prevenga los accidentes de trabajo así como realizar sugerencias a la actual labor inspectiva en esta materia.

Estamos ante una investigación que no ha contado con mayor literatura científica dado los alcances y finalidad de la misma. Agradecemos a varios profesionales que han tenido la generosidad de colaborar con sus impresiones sobre la inspección en seguridad y salud así como a un grupo de empresas fiscalizadas y algunos inspectores que han podido compartir sus aportes a favor de la mejora de la inspección en seguridad y salud. Estamos ante un trabajo que se ha alimentado centralmente en estas declaraciones más las experiencias propias pero ello no significa que sea un trabajo completo, solamente es una aproximación inicial ante una realidad compleja como son las fiscalizaciones en seguridad y salud en el trabajo.

I. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Desde octubre de 2007, por vez primera, el Perú cuenta con una norma general que regula la seguridad y salud en el trabajo, y que establece una gradualidad en el nivel del cumplimiento de las obligaciones y condiciones de trabajo que se deben generar a favor del personal. Antes de ello, solamente existía regulación en ciertos sectores (especialmente minería e industria).

En cuanto al tema de la seguridad y salud en el trabajo, el criterio establecido por el Decreto Supremo N° 009-2007-TR es preventivo pues busca la promoción de una cultura de prevención de riesgos laborales, con participación del Estado, los empleadores y los trabajadores.

Con relación a las obligaciones de los empleadores, estas pueden dividirse en obligaciones de gestión y prevención, capacitación, investigación y comunicación.

Dentro de las obligaciones de gestión y prevención, el empleador está obligado a establecer una política en materia de seguridad y salud en el trabajo que sea específica y apropiada para su empresa, de tal manera que garantice la seguridad y la salud de sus trabajadores en el desempeño de sus labores. Esta es una obligación dinámica que implica evaluaciones de riesgos, perfeccionamiento continuo de los niveles de protección, modificación de condiciones de trabajo o adopción de medidas de prevención, así como practicar exámenes a los trabajadores, evaluar sus condiciones profesionales al asignarles o variar sus funciones, gestionar los riesgos eliminándolos o sustituyéndolos por otros menores con apoyo de equipos de protección, entre otras. Asimismo, implica tomar en cuenta grupos especiales como discapacitados, menores, aspectos relativos a la procreación o exposición de trabajadoras gestantes o medidas ante riesgos inminentes. Finalmente, deben las empresas garantizar la seguridad y salud del personal que labora fruto de contrataciones o subcontratas o mecanismos de intermediación laboral.

La prevención significa en sentido amplio prever, predecir, pre actuar dentro de un trabajo bien hecho. Los factores de riesgo son los elementos que se deben analizar para controlar que las condiciones de trabajo sean las adecuadas para mantener la salud de los trabajadores⁽¹⁾.

En cuando a las obligaciones de capacitación, estas suponen para el empleador transmitir oportuna, adecuada y efectivamente la información a los trabajadores, de manera previa a la asignación de funciones, sobre los riesgos así como las medidas de protección y prevención aplicables, controlar que solo los trabajadores, adecuada y suficientemente capacitados y protegidos, accedan a los ambientes o zonas de riesgo grave y específico.

Sobre la investigación y comunicación, el empleador es el obligado a investigar los accidentes o afectaciones a la salud de los trabajadores o cuando aparecen indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, a fin de adoptar medidas correctivas o de mejora en la gestión. Asimismo, está obligado a comunicar a la autoridad competente de los incidentes peligrosos, accidentes y enfermedades profesionales, los hechos, los daños ocasionados y los resultados de las investigaciones.

En suma, el empleador, en virtud del contrato de trabajo, recibe los servicios subordinados de los trabajadores lo que le permite ejercer sobre estos su poder de dirección (organización, gestión), de fiscalización y de sanción. En contrapartida, la empresa, a través de la gerencia, asume una serie de obligaciones, entre ellas, la protección de la integridad de sus trabajadores, debiendo por ello resguardar su seguridad y salud en el desarrollo de las labores.

Por otra parte, dentro de las obligaciones que impone la legislación general en materia de seguridad y salud en el trabajo a los trabajadores está el cumplimiento de normas, reglamentos e instrucciones, el adecuado uso de equipos de protección y las herramientas de trabajo (solo manipularlos si han sido autorizados), cooperar en la investigación de accidentes, velar por su seguridad y salud física y mental y de sus compañeros en el trabajo, someterse a los exámenes médicos, participar en los organismos paritarios, programas de capacitación y otras, comunicar al empleador eventos o situaciones que puedan poner en riesgo su seguridad, adoptando las medidas correctivas, reportar incidentes o accidentes, concurrir a las capacitaciones.

La verificación del cumplimiento de todas estas obligaciones recae en el Estado a través de las inspecciones laborales. De ello nos ocuparemos más adelante.

II. ACCIDENTES DE TRABAJO

La expresión más común en nuestra realidad de la seguridad y salud es, lamentablemente un accidente de trabajo. Un accidente de trabajo suele ser definido

(1) GONZALES RUIZ, Agustín. *Manual para la prevención de riesgos laborales en las oficinas*. Ed. Fundación Confemetal. Madrid, 2003, p. 30.

como un daño o afección a la salud y que se presenta de forma brusca e inesperada. Nuestra normatividad define expresamente el concepto de accidente de trabajo en el Decreto Supremo N° 009-97-SA –Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud-, al señalar en el inciso k) del artículo 2 que: “Es toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador causados por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta, que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta”.

Y en el inciso j) del mismo artículo se indica que accidente en términos generales es: “Toda lesión corporal producida por acción imprevista fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que puede ser determinada por los médicos de una manera cierta”.

Por lo tanto, de ambas definiciones podemos concluir que la esencia de la definición del accidente de trabajo es la noción de accidente común, al cual se le agrega el elemento de la “laboralidad”, que ocurre cuando la lesión se produce en el centro de trabajo o a raíz de la realización de servicios subordinados.

Las malas condiciones de trabajo, la informalidad, la poca cultura a favor de condiciones adecuadas de seguridad y salud así como el incremento de la micro y pequeña empresa, han generado que los accidentes de trabajo se hayan incrementado en los últimos años tal como consta del cuadro de Essalud que se detalla a continuación. Debemos tener en cuenta que estos accidentes de trabajo traen consigo el incumplimiento de diversas obligaciones por parte de los empleadores que deberían originar sanciones respectivas ante la Autoridad de Trabajo tal como lo veremos más adelante.



Fuente: Centro de Prevención de Riesgos del Trabajo (CEPRIT, ESSALUD)

III. ¿CUÁLES SON LAS ACCIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO EN SEGURIDAD Y SALUD Y ACCIDENTES DE TRABAJO?

Tras tres años del inicio del sistema de seguridad y salud en el trabajo, el Ministerio de Trabajo ha avanzado y cuenta actualmente con un servicio inspectivo, con inspectores especializados y se aprecia que existe un sistema de seguridad y salud en el trabajo nacional. No obstante ello, todavía hay mucho por trabajar y se puede notar que las acciones y esfuerzos de la administración laboral no son suficientes para afrontar la realidad del país. Seguidamente describiremos los aspectos más saltantes que apreciamos de las labores y acciones del Ministerio de Trabajo en materia de inspección sobre seguridad y salud en el trabajo así como los accidentes de trabajo.

1. Limitaciones en la actuación inspectiva

Los inspectores de trabajo, tal como hemos señalado, son los encargados de la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores. En esta función inspectiva la autoridad de trabajo enfrenta un gran problema que es la poca cantidad de inspectores de trabajo e inspectores auxiliares de trabajo encargados de dicha fiscalización y que cuentan con la calificación profesional adecuada para realizar inspecciones en materia de seguridad y salud.

Actualmente existen aproximadamente 35 inspectores de trabajo especializados en seguridad y salud –se incluye también a los inspectores auxiliares de trabajo– designados en la ciudad de Lima siendo una cantidad evidentemente insuficiente, tomando en cuenta que los quince millones de la PEA y las más de 500 mil empresas que existen en el país. La OIT recomienda un inspector por 10,000 trabajadores en las economías desarrolladas; uno por cada 20,000 en las economías en transición y uno por 40,000 en los países menos desarrollados. En el Perú hay aproximadamente un inspector laboral por cada 37,000 peruanos pero en materia de seguridad y salud en el trabajo la cifra supera los 300,000 por cada inspector especializado.

Por lo tanto el reducido número de inspectores de trabajo evidencia una limitación en la fiscalización de la seguridad y salud a los diferentes centros de trabajo, más aún si consideramos que aproximadamente la mitad de estos son inspectores auxiliares de trabajo los cuales –según lo prescribe la Ley General de Inspección de Trabajo– cuentan únicamente con la facultad de fiscalizar empresas que tengan hasta un total de 100 trabajadores, por lo que en varias ocasiones deben actuar en conjunto un inspector y un inspector auxiliar de trabajo reduciendo aún más el campo de acción de estos ante la gran cantidad de empresas por fiscalizar.

2. Los tipos de fiscalización en seguridad y salud y accidentes laborales

La labor de los supervisores e inspectores de trabajo encargados de la seguridad y salud en el trabajo, para maximizar las fiscalizaciones, está dividida de la siguiente manera: 1) Patrullajes, 2) Operativos, 3) Turno por accidentes de trabajo.

Explicaremos brevemente cada uno de ellos. El patrullaje es la fiscalización por la cual el inspector de trabajo mediante una unidad móvil recorre la ciudad a efectos de detectar incumplimientos de seguridad y salud principalmente en obras de construcción o en situaciones evidentes de peligro inminente. Usualmente son inspecciones que se realizan en días hábiles y horas de trabajo.

Los operativos son las fiscalizaciones programadas con anticipación por parte de la autoridad administrativa de trabajo en base a los estudios internos. Son de carácter específico ya que persiguen el cumplimiento de los objetivos por el que fue creado. Usualmente son inspecciones al sector construcción civil –el más fiscalizado–, transporte terrestre o industrial.

El turno por accidentes de trabajo es cuando un inspector de trabajo –por asignaciones diarias– se encuentra a disposición de la autoridad administrativa de trabajo a efecto de atender de manera inmediata una inspección en caso de accidente de trabajo ya sea por lesión o mortal.

En cuanto a la distribución de los tiempos que ocupa cada inspector de trabajo en estas actividades, podemos decir que la mayor parte del trabajo se destina a los operativos y que pueden ser de fiscalización o de orientación. En segundo lugar tenemos los patrullajes que son realizados por cada inspector aproximadamente tres veces al mes hasta donde tenemos entendido; y, finalmente, los turnos de accidentes de trabajo en tanto son coyunturales fiscalizando cada inspector aproximadamente –en los últimos meses– cinco o seis centros laborales por ocasión. Este sistema se aplica a todos los inspectores y entendemos que rige un sistema rotativo en la asignación de estas tres herramientas de fiscalización laboral.

Es de resaltar que, por un motivo coyuntural y por la poca cantidad de inspectores de trabajo de seguridad y salud, los operativos de fiscalización indicados anteriormente se basan casi en su exclusividad al rubro de construcción civil dejando de lado todas las demás actividades como por ejemplo el industrial o minero o las comerciales y servicios donde se encuentra la mayor cantidad de las empresas, dejándose de tener en cuenta a los trabajadores ante una fiscalización que proteja su seguridad y salud.

Asimismo los operativos, en varias ocasiones han sido reactivos, es decir, ante el conocimiento de la población de un accidente de trabajo por medio de algún medio de comunicación el Ministerio de Trabajo realiza el operativo en el sector que ocurrió el accidente. Pero no se aprecia un seguimiento y monitoreo en relación a las inspecciones realizadas. La actuación inspectiva es, centralmente, reactiva y sancionatoria (pues todo accidente no es “subsancionable”) dado los escasos recursos de la administración laboral.

Sin perjuicio de ello, los inspectores de trabajo también realizan inspecciones de orientación a los centros laborales pero en poca proporción (aproximadamente el 20% de las órdenes de inspección aunque últimamente se ha incrementado).

Estas visitas se enfocan nuevamente -casi en su totalidad- en la construcción civil dejando de lado el resto de los sectores. Creemos que esta práctica debería modificarse ya que la mayor parte de los incumplimientos en seguridad y salud en el trabajo se debe a un desconocimiento de las empresas -principalmente de las micro y pequeñas empresas-. No tenemos una actuación general e importante de los servicios inspectivos en casi todas las actividades económicas del país. Debemos recordar que la mejor forma de evitar las infracciones es mediante la prevención y difusión previa más el seguimiento y monitoreo.

3. Concentración de la especialización inspectiva

Un problema relevante es que la casi totalidad de los inspectores especializados en seguridad y salud se concentran en Lima. Entre las últimas acciones de planificación de la tarea de los inspectores de seguridad y salud en el trabajo tenemos los viajes al interior del país una o dos veces al año por cada inspector para realizar tareas de orientación a los propios inspectores del interior como a las empresas y trabajadores. En estos casos, el inspector de trabajo de Lima acompaña al inspector de trabajo del interior en su visita a una determinada empresa y en el transcurso de la diligencia el inspector de la ciudad de Lima procede a realizar una orientación en seguridad y salud en el trabajo al encargado del centro laboral que los atiende en ese momento y a los propios trabajadores.

Debemos resaltar que, ante la poca cantidad de inspectores de trabajo que existen en las regiones, casi no existe una especialización entre ellos, esto es, las inspecciones socio laborales y de seguridad y salud en el trabajo se llevan a cabo en forma indistinta por un mismo inspector. Naturalmente, salvo los casos de accidentes o programas de orientación, no existe una predisposición a favor de las visitas de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. Especialización y concentración

Un punto interesante para mencionar es que, según las últimas convocatorias para el ingreso de inspectores auxiliares de trabajo, se permitió la postulación de médicos, existiendo aproximadamente 2 inspectores de trabajo con dicha profesión en la ciudad de Lima. Anteriormente, se promovieron a los primeros inspectores especializados en seguridad y salud en el trabajo.

De otro lado, seguramente por el poco número de inspectores, tenemos entendido que, a la fecha, no se habrían verificado inspecciones abordando el tema de salud ocupacional y la prevención de enfermedades en el trabajo, es decir únicamente se realizan inspecciones referentes a seguridad en el trabajo, especialmente lo referido a los accidentes de trabajo.

5. Las órdenes y actas de inspección

El promedio de órdenes de inspección en materia de seguridad y salud en los años 2007 y 2008 ha sido de 6%. Ciertamente estamos ante los dos primeros años

de la inspección y se debe resaltar el hecho que existan inspecciones a estos niveles pero, para la dimensión de las actividades laborales del país, todavía es insuficiente.

A nivel de Lima –que largamente es el lugar del país donde se concentran las inspecciones en materia de seguridad y salud así como accidentes de trabajo–, se puede apreciar que el número de las órdenes de inspección representan menos del 10% de las inspecciones laborales en los últimos cuatro años. A su vez, del tipo de inspecciones en materia de seguridad y salud, se aprecia una mayor incidencia en las órdenes de inspección (que son sancionatorias) antes que las orientadoras (que son preventivas). Así, en el siguiente cuadro se puede apreciar que el total de las inspecciones laborales fueron de 23,962 (2007), 24,965 (2008), 32,044 (2009) y 32,647 (a agosto de 2010) mientras que las de seguridad y salud representaron solo el 1,652 (2007), 1,493 (2008), 1,175 (2009) y 1,630 (a agosto de 2010) del total de inspecciones y casi se han mantenido constante.

Total de órdenes de Inspección (Lima)

Materias	2007	2008	2009	2010
Ordenes Inspección	23962	24965	32044	32647
Órdenes de Inspección SST ³	1652	1493	1175	1630
Ordenes Orientación	5373	3351	827	1673
Órdenes Orientación SST	936	1246	433	1670

Fuente: Ministerio de Trabajo

Ahora bien, del total de inspecciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ha habido una marcada inclinación a favor de las inspecciones de fiscalización (sancionatorias) más que las de orientación. Se aprecia, sin embargo que, hasta agosto de este año 2010, el número de inspecciones de orientación eran mayores que las de sanción. Creemos que las inspecciones, en materia de seguridad y salud en el trabajo, deben concentrarse, centralmente, en la orientación y promoción de la cultura de prevención pues usualmente en los casos de las órdenes de inspección, el accidente de trabajo ya se produjo. En este sentido, es interesante apreciar cómo el número de inspecciones de orientación registra una tendencia a favor del crecimiento (salvo el 2009 que registra una caída).

Finalmente, aun cuando no hemos tenido acceso a la información específica sobre las materias que contienen las órdenes de inspección, usualmente se trata de accidentes laborales que se derivan de denuncias o difusión de lamentables infortunios laborales.

Por otro lado, en relación a las actas de infracción se aprecia que no son muchas las sanciones impuestas a las empresas tras los procesos de inspección laborales

(2) La información del 2010 es hasta el mes de agosto.

pues, si bien el número de actas tiene una tendencia hacia el alza, todavía sigue siendo ínfimo en relación a los niveles de informalidad, incumplimiento de las reglas en materia de seguridad y salud en el trabajo, los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales, etc. Asimismo, la cantidad de empresas que han sido fiscalizadas y sancionadas es baja en relación a la realidad de los accidentes que se aprecia en los medios de comunicación.

Actas de Infracción en SST y empresas sancionadas

Año	Nº Actas Infracción	Nº de Empresas
2007	195	195
2008	711	673
2009	559	547
2010 (hasta julio)	499	496

Fuente: Ministerio de Trabajo Promoción del Empleo

Tal como se puede apreciar del cuadro que antecede, del año 2007 al 2010 han aumentado la cantidad de actas en relación al primer año aun cuando ha decaído un poco el 2009. La razón de ello se contrae en la creciente cantidad de inspecciones que se han realizado en el transcurso de dichos años y la existencia de inspectores especializados de trabajo.

6. Típicas infracciones en materia de Seguridad y Salud

6.1. Típicos riesgos de trabajo

En este acápite nos referiremos a un estudio del Ministerio de Trabajo sobre los riesgos más comunes a los que están expuestos los trabajadores y que se relaciona con las normas de seguridad y salud en el trabajo⁽³⁾.

De este estudio se aprecia que los trabajadores asalariados privados están expuestos a diferentes riesgos que generalmente no son materia de fiscalización en las que destacan los altos niveles de ruido, contaminación del aire, productos inflamables y posturas inadecuadas. Lo expuesto denota que en todos los trabajos incluyendo los de oficina existen riesgos laborales los cuales deberán ser motivo de estudio de los empleadores y especialmente de la autoridad laboral a fin de realizar el análisis de riesgo respectivo y realizar el plan de contingencia y de difusión para prevenir y fortalecer dicha cultura de prevención. Muchas veces pensamos que solo los trabajos que implican construcción o comercio engloban un riesgo, y no se toma en cuenta que las empresas dedicadas servicios –como por ejemplo los de call cen-

(3) Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL) del Ministerio de Trabajo, 2007. Este programa puede verse en <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/publicacion/inf_trab_seg_sal_lima_2007.pdf>

ter– engloban también un riesgo laboral, como los daños a la espalda por una mala postura o al oído por el uso constante de ruidos en las comunicaciones telefónicas que implican el prestar este servicio.

6.2. Típicas infracciones

De acuerdo a la información del Ministerio de Trabajo, hacia el año 2007 la mayor cantidad de actas de infracción se dieron por no contar con el seguro complementario de riesgo y equipos de protección personal así como los accidentes de trabajo verificados. En el año 2008 las infracciones más frecuentes eran nuevamente no contar con seguro complementario de riesgo, por no brindar con equipos de protección y no contar con el plan de seguridad de obra que, finalmente, se derivaban de un accidente laboral. Tal como podemos observar tanto la infracción referente a no contar con el seguro complementario de riesgo y equipos de protección son infracciones frecuentes y que van a persistir a través de los años tal como iremos viendo.

Es así que en año 2009 nuevamente las infracciones más frecuentes se dan por no contar con seguro de trabajo de riesgo y por no brindar con la formación e información a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, y derivados centralmente de accidentes de trabajo. Finalmente, para el año 2010 (los primeros meses fiscalizados), el mayor número de actas de infracción se registraron por no contar con seguro de trabajo de riesgo y por falta de formación e información sobre seguridad y salud en el trabajo, así como no brindar con equipos de protección personal a los trabajadores. Como en los años anteriores, estas infracciones se derivan de accidentes de trabajo.

Consideramos que la concurrencia en las infracciones a través de los años se debe a dos razones principalmente. Una es que casi la totalidad de inspecciones realizadas en esos años se han centrado en actividades sujetas a riesgo y, especialmente, el rubro de construcción civil donde el seguro complementario de riesgo es obligatorio y notoriamente incumplido por parte de los empleadores, además de derivarse de inspecciones que se han iniciado tras la verificación de un accidente de trabajo. Dos, por la cultura de la informalidad así como el poco interés de las empresas y trabajadores hacia la seguridad y salud en el trabajo. Un rasgo marcado del poco interés es que una de las infracciones más frecuentes es una simple de ejecutar: capacitar al personal sobre la seguridad y salud en las labores que se presten.

IV. RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS: HACIA LA MEJORA DE LAS INSPECCIONES EN SEGURIDAD Y SALUD Y ACCIDENTES LABORALES

Entre las sugerencias que podemos realizar a fin de mejorar las inspecciones por parte de la autoridad administrativa de trabajo, tenemos las siguientes:

- a) Se requiere de una decisión del Estado de brindar mayor importancia a los servicios inspectivos en seguridad y salud en el trabajo. El número de

inspectores, el escaso presupuesto y los bajos recursos hacen indispensable que se dote de todo aquello que sea necesario para que las inspecciones cumplan su rol preventivo y tengan capacidad de persuasión suficiente para promover la cultura de la seguridad y salud en el trabajo entre empresas y trabajadores. Estamos ante un derecho fundamental y un deber esencial del Estado. Estamos ante la salud de los trabajadores y la productividad de las empresas.

- b) Resulta necesario trabajar en los sistemas de prevención y promoción de la seguridad y salud en las empresas de tal forma que la inspección no se centre en hechos “fáciles de verificar” como un accidente de trabajo o un incumplimiento concreto (falta de contratación de un seguro de riesgo, inexistencia de un Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, ausencia del Comité de Seguridad y Salud en el trabajo, etc.) sino que se trabaje centralmente en la gestión de los riesgos y la aplicación de los sistemas de gestión y los procesos así como el intercambio de las buenas prácticas, la difusión en la cultura de prevención de los trabajadores y sindicatos, etc. que conduzcan a la real prevención de las contingencias en salud y seguridad.
- c) La creación de una data (estadística) mensual donde se detalle las infracciones más comunes en seguridad y salud en el trabajo, las actividades económicas donde se comenten más infracciones así como los motivos del incumplimiento, debiendo ser público tanto para todos los empleadores como para los propios inspectores de trabajo, a efectos que estos puedan elegir con la mayor objetividad las empresas a inspeccionar cuando las órdenes de inspección sean genéricas, y sugerir los futuros operativos.
- d) Realizar continuas campañas de orientación en todos los rubros tanto comercial, construcción civil, servicios, industria, servicios, etc.: puede haber más intensidad en sectores donde el riesgo es mayor pero no puede descuidarse al resto de actividades económicas. Debemos tener en cuenta que, ante la deficiencia del número de inspectores, la prevención debe ser lo que predomine a efecto de reducir el número de denuncias por incumplimientos en seguridad y salud del trabajo, y especialmente evitar el número de accidentes de trabajo.
- e) Implementar operativos de fiscalización en forma alternada en cada rubro de empresas y actividades económicas a efectos que el factor riesgo de ser sujetos a una multa por incumplimiento pueda ser considerado para el mayor número de empleadores para que acojan la cultura de la seguridad y salud en el trabajo.
- f) Realizar operativos de orientación dirigidos a la micro y pequeña empresa así como los sectores informales, ofreciendo asesoría por intermedio del departamento del Ministerio de Trabajo en conjunto con los sectores especializados que operan en tales actividades.
- g) Ejecutar operativos de orientación y posterior fiscalización de obligaciones de salud ocupacional principalmente en sectores de alto riesgo de tal forma

- que las inspecciones no se concentren en la seguridad en el trabajo y, más propiamente, en accidentes de trabajo.
- h) Capacitar constantemente a los inspectores de trabajo en temas de seguridad y salud en el trabajo, tanto en Lima como en provincia, especialmente ante los nuevos riesgos y fenómenos empresariales.
 - i) Realizar seminarios con la participación de los inspectores de trabajo de seguridad y salud. En ocasiones los eventos tienen participación del público y especialistas pero no de los inspectores.
 - j) Preparar la participación de inspectores de trabajo de seguridad y salud de la ciudad de Lima al interior del país para intercambiar experiencias al respecto, evitando las orientaciones a una sola empresa a efecto de maximizar los escasos recursos humanos.
 - k) Incentivar, mediante las autoridades competentes, la contratación de un mayor número de inspectores de trabajo en el rubro de seguridad y salud en el trabajo. A nivel nacional se cuenta con 35 inspectores especializados, cantidad insuficiente para la diversidad de actividades económicas que hay en nuestro país.
 - l) Fiscalizar y realizar un monitoreo sobre el contenido del plan de prevención de riesgos de las empresas, a efecto de verificar si estos conducirán a niveles de riesgos aceptables, así como si los nuevos sistemas de control han generado nuevos peligros, ello considerando el rubro de cada empresa, ya que si bien una puede cumplir con presentar el plan, es obligación de la autoridad administrativa de trabajo velar que este sea eficaz para asegurar la seguridad y salud de sus trabajadores.
 - m) Orientar y fiscalizar sobre los nuevos riesgos laborales. Por ejemplo, sobre los psicológicos que son producidos principalmente por el estrés laboral: para ello se debe enfatizar la orientación de las formas de evitar o disminuir este mediante ejercicios simples entre la jornada de trabajo o realizando pautas a fin que el personal recobre las energías y concentración que les permitirá ser más eficaces en el trabajo.
 - n) Difusión de las buenas prácticas y los mejores protocolos de prevención laborales. Es fundamental, en la materia que estamos analizando, que se reconozcan y promuevan las buenas prácticas y, para ello, el Ministerio debería reconocer a las empresas que tienen certificaciones en seguridad y salud, mejoran los estándares de seguridad y salud, etc.

Según la OIT, anualmente hay 2,3 millones de víctimas derivados de enfermedades y accidentes laborales y representan el 4% del PBI global⁽⁴⁾. En nuestro país no contamos con una información certera acerca del impacto de la seguridad

(4) Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo. Cumbre de Seguridad y Salud en el Trabajo (XVIII Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, julio 2008).

y salud en el trabajo pero diariamente apreciamos los accidentes de trabajo en los medios de comunicación y la realidad de los servicios inspectivos genera la necesidad de implementar un re potenciamiento de la inspección laboral. Para ello se requiere de una decisión política y de mayor presupuesto.

Estamos ante un tema antiguo donde hemos llegado tarde (la norma y el sistema de seguridad y salud se crearon en el 2007) pero ello no debe ser un pretexto para no realizar un serio esfuerzo en mejorar los servicios inspectivos en seguridad y salud en el trabajo que son derechos fundamentales, un presupuesto de cualquier trabajo por cuenta ajena.

Finalmente queremos concluir este pequeño trabajo de investigación mediante una recomendación tanto a los empleadores, trabajadores como a las autoridades administrativas de trabajo: trabajando en conjunto son los que lograrán la mejora de las condiciones de seguridad y salud que tienen los trabajadores. Todas estas acciones no deben ser consideradas como un gasto sino como una inversión en la productividad de una empresa y del país, la calidad del empleo y en la salud de los trabajadores.



**TERCER
TEMA**

Regímenes Especiales

**PONENCIAS
OFICIALES**

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

Carlos Guillermo Morales^()*

*Al Doctor Luis Aparicio Valdez
Con afecto y gratitud*

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los regímenes especiales de trabajo en el Perú motiva un conjunto de reflexiones, especialmente estando pendiente de aprobación el proyecto de Ley General del Trabajo (LGT), que pretende regular con vocación de universalidad las prestaciones de servicios subordinados, configurando lo que conocemos como <régimen laboral común>, que en rigor, configura el régimen laboral de la actividad privada, para diferenciarlo del régimen legal de la carrera administrativa.

En nuestro país siempre ha existido un tratamiento normativo diferente para el trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada y el comprendido en

^(*) Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral General. Universidad San Ignacio de Loyola. Socio Principal de Morales Morante Abogados. El autor desea agradecer la colaboración inestimable de Jorge Bernedo en la parte estadística, siendo absoluta responsabilidad del suscrito las conclusiones presentadas en el presente trabajo. Igualmente, agradece el apoyo prestado por Karen Pinzás, alumna de la Carrera de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola en la investigación bibliográfica sobre PYME en la región.

el régimen legal de la carrera pública, no solo por razones jurídicas sino históricas, cuya plasmación más evidente está en la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que prevé en tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y pública, no podrá acumularse tiempo de servicios entre ambos regímenes para ningún efecto legal.

La Constitución de 1979 abordó en dos Capítulos distintos la regulación del trabajo subordinado, aplicable al régimen laboral privado, y los derechos y deberes de los servidores y funcionarios públicos sujetos a una relación estatutaria –regida por normas de Derecho Público–.

Al margen de esta razonable dicotomía, presente en otros ordenamientos como el español, que regula ambos regímenes en textos normativos distintos, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y el Estatuto de los Funcionarios (EF), la doctrina también reconoce la coexistencia -o “cohabitación”- del régimen general con otros regímenes laborales, a los que califica como “especiales” en atención a consideraciones variadas y disímiles, con el objeto de incorporarlos al ámbito de protección del derecho del trabajo, en nombre de la vocación expansiva que predica el laboralismo clásico.

Las dimensiones de esta problemática no son de fácil delimitación, por cuanto la existencia misma de estos regímenes ha provocado un intenso debate en nuestro país, al punto que motivó al Tribunal Constitucional (TC) a emitir un pronunciamiento sobre la normativa que dio origen al régimen laboral agrario, y de paso, también lo llevó a analizar la compleja problemática de la micro y la pequeña empresa (MYPE), arribando a importantes conclusiones sobre la necesidad de regulaciones especiales para estos segmentos del mercado de trabajo.

Completa el marco de análisis de la presente ponencia, una reflexión general que haremos a propósito de la jurisprudencia recientemente emitida a propósito de la contratación administrativa de servicios, (CAS) cuya regulación ha sido delimitada al marco legal fijado por el decreto legislativo que le da origen y su norma de desarrollo reglamentario, excluyéndola de los derechos y beneficios contemplados tanto en el régimen legal de la carrera pública, y por cierto, del régimen laboral de la actividad privada.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De ahí que resulte de especial pertinencia analizar en primer lugar, si en efecto estamos frente a regímenes legales especiales que no resultan violatorios del *principio-derecho a la igualdad*, y que ameritan una regulación distinta a la prevista para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o del régimen de la carrera o del servicio público.

Como señala el Tribunal Constitucional: “la igualdad además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado

Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable⁽¹⁾.

Esta reflexión debe proyectarse más allá de los confines del mundo jurídico, puesto que solo en la medida que podamos encuadrar la problemática de estos regímenes en el contexto en que se desarrollan, podremos establecer **si tienen una justificación objetiva y razonable**, no solo para el legislador, sino también para el Estado como responsable de las políticas públicas sobre esta materia.

Dentro de este orden de ideas, analizaremos las diversas aproximaciones que la doctrina nacional como extranjera han efectuado respecto del concepto de régimen o estatuto laboral especial, diferenciándolo de otras categorías como las modalidades del contrato de trabajo, -que si bien comparten el común denominador de contar con una regulación diferenciada-, responden a otra dinámica, y su análisis excede los alcances del presente trabajo.

Comenzaremos nuestra ponencia con el análisis de dos regímenes legales, tributarios de una normativa promocional impulsada desde el Estado, que busca la inclusión de segmentos claves del mercado de trabajo, atendiendo al hecho que la constitucionalidad de uno de ellos ya ha sido convalidada plenamente por el Tribunal Constitucional (TC).

No es un hecho fortuito que hayamos dejado para un análisis independiente a la figura de la contratación administrativa de servicios (CAS). Recientemente se han venido emitiendo pronunciamientos judiciales que inaplican las normas que lo crearon, con lo cual el tema es de palpitante actualidad, habida cuenta que ya existen posiciones definidas en torno a la subsistencia o desaparición de esta figura en el régimen legal del Sector Público.

Contribuye a alimentar la controversia, la compleja caracterización jurídica del CAS que no está adscrito ni al régimen laboral de la actividad privada, ni al régimen legal de la carrera o del servicio público -Decreto Legislativo N° 276-, así como este aparente intento de elusión que realiza el legislador al definir esta prestación de servicios como “no autónoma”, que como ha sido anotado⁽²⁾, no por ello resulta ajeno al carácter subordinado que dicha prestación implica.

(1) Ejecutoria del TC de fecha 21 de noviembre de 2007, Exp. N° 00027-2006-PI, Fundamento 2, Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica contra el artículo 7, numerales 7.2, literales a, b y c de la Ley N° 27360.

(2) NEVES, Javier. “Principales objeciones al contrato administrativo de servicios”. En: *Laborem*, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 9, Lima, 2010, p. 86. Dice Neves: “Es cierto que la frontera entre un concepto y otro a veces es difusa, por lo que se requiere una especial atención judicial para resolver las llamadas zonas grises, a partir de la valoración de los factores

Hechas estas precisiones iniciales, comencemos por analizar el marco teórico que encuadra la problemática de los regímenes laborales especiales a nivel de la doctrina, para posteriormente abordar su tratamiento a nivel regional, para finalmente ingresar a nuestra problemática nacional.

III. CONCEPTO DE REGÍMENES LABORALES ESPECIALES

1. En la doctrina laboral clásica

El surgimiento de los regímenes laborales especiales tiene una profunda raigambre histórica, toda vez que se liga al proceso de autonomización de la figura del contrato de trabajo, respecto del arrendamiento de servicios regulado por el derecho civil.

A partir del momento en que una prestación es considerada como de carácter laboral, y comienzan a surgir diversos tipos de actividades, su adscripción resultó indispensable para ir configurando el carácter autónomo de la disciplina, lo que trajo como consecuencia su tendencia expansiva inicial, que fuera calificada por Mario DE LA CUEVA, como “fórmula legendaria”, que buscaba transformar al Derecho del Trabajo en “el derecho común para las prestaciones de servicios”⁽³⁾.

Siendo la regla general que las prestaciones de servicios fueran realizadas mediante un contrato de trabajo, las excepciones debían fundarse en razones objetivas sustentadas en la naturaleza de las actividades realizadas por el dador de trabajo.

En igual línea de pensamiento, KROTOSCHIN, refiriéndose a la normativa argentina, sostenía que modernamente se había legislado en forma separada para una cantidad de profesiones e industrias. Sin embargo, puntualiza que:

“Solo algunos de estos contratos especiales corresponden, al mismo tiempo, a situaciones sociológicas especiales (trabajos a domicilio, gente de mar), mientras que con respecto a la mayoría de ellos, el hecho que hayan sido objeto de regulaciones jurídicas particulares no obedece en realidad a ninguna necesidad intrínseca sino que es más bien el resultado de la evolución histórica que se ha realizado paso a paso, en forma esporádica, debido en gran parte a la falta de una legislación de fondo adecuada sobre el contrato de trabajo en general”⁽⁴⁾.

Resumiendo esta etapa inicial de los regímenes especiales, PÉREZ CAMPOS señala que:

presentes en el caso concreto. Pero no existe entre dichos conceptos uno tercero llamado <no autonomía>. El vínculo que no es autónomo, es subordinado”.

(3) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. T. I, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 90.

(4) *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. T. I, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1978, p. 535.

“El reconocimiento de las relaciones laborales especiales ha supuesto un camino intermedio entre las exigencias de una nueva realidad económica y el carácter expansivo del tipo común o tradicional de relación laboral; de ahí que junto a su función integradora de relaciones cuasi-laborales haya venido a satisfacer, además, **una cierta finalidad flexibilizadora que el estatuto jurídico de determinados colectivos demandaba y sobre cuya naturaleza laboral no parecían existir grandes dudas**”⁽⁵⁾.

2. Doctrina laboral contemporánea

OJEDA AVILÉS, distingue las relaciones especiales de trabajo y las modalidades del contrato de trabajo, calificándolas de <técnica menor> respecto de las primeras, dado que:

“Mientras las relaciones laborales especiales son auténticas reglamentaciones en texto aparte de una determinada actividad o profesión, las modalidades son modos transversales de realizar el trabajo, con independencia del sector de actividad en que se manifiesten. Entre las modalidades reguladas por el ET figuran el contrato en común y de grupo, el auxiliar asociado, los contratos formativos, contratos a tiempo parcial y de relevo y el trabajo a domicilio: pueden ser utilizados en cualquier sector o rama del Derecho del Trabajo porque no atañen a una profesión en concreto, aun cuando sin duda quepa observar su presencia con mayor intensidad en algunas actividades (...)”⁽⁶⁾

Para el citado autor, el rasgo principal de los regímenes especiales es que constituyen antes que una categoría dogmática una categoría histórica, de la que no es posible extraer un concepto unitario, configurando fórmulas de integración intermedias en el Derecho del Trabajo, no exentas de alta sensibilidad a presiones políticas⁽⁷⁾.

A manera de ejemplo, OJEDA AVILES señala que luego de la consolidación del ámbito del Derecho del Trabajo, fueron asimiladas e incorporadas “antiguas zonas grises merced a las relaciones laborales especiales”⁽⁸⁾, hasta que la Ley de Relaciones Laborales de 1976, “creó la figura de las relaciones laborales especiales, determinó su número, y exigió que la ampliación del mismo solo pudiera acaecer mediante ley, aspectos después transferidos al vigente Estatuto de los Trabajadores”⁽⁹⁾.

Sin embargo, la principal dificultad es que definir relación especial de trabajo por oposición a “relación de trabajo en general” o “relación de trabajo típico”, conlleva dilucidar previamente qué se entiende por estas, lo que viene prefigurado

(5) PÉREZ CAMPOS, Ana I. “Relaciones laborales especiales. Fundamento y particularidades”. En: *Temas actuales de Derecho del Trabajo*, Ed. Normas Legales, Lima, 2005, p. 75.

(6) OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, Lima, 2008, p. 15.

(7) OJEDA AVILÉS, Ob. cit., pp. 19-20.

(8) Ob. cit., p. 16.

(9) Ibid.

por las características del modo de producción o de organización del trabajo, mutable por razones económicas, tecnológicas u organizativas.

Por ello, MONTOYA MELGAR ha sugerido que la incorporación de las relaciones especiales de trabajo “se realiza a través de un ingreso suave en el Derecho del Trabajo, mediante reglas *ad hoc*, pues no nacen de un proceso descendente en el que dejan de ser relaciones laborales comunes, sino al revés”⁽¹⁰⁾.

En definitiva, para OJEDA AVILÉS su justificación sería que “la normativa especial se dicta porque introduce a veces un escalón *in pejus* autorizado por el legislador, para actividades algo peculiares a las que no se considera oportuno otorgarles la plena <ciudadanía laboral>”⁽¹¹⁾.

Para la doctrina, el fenómeno anotado dota de especial complejidad a los regímenes especiales de trabajo, y tiene diversas manifestaciones, según se trate de sistemas jurídicos con débil o fuerte intervencionismo estatal, puesto que “las ondulaciones del terreno sociológico han forzado a establecer válvulas de escape del modelo contractual típico que por hipótesis coinciden con las zonas grises de menor densidad o caracterización laboral”⁽¹²⁾.

Por su parte, DE DIEGO ensaya una tipología de regímenes especiales, con clara referencia al ordenamiento argentino, señalando que existen tres tipos de estatutos⁽¹³⁾: el primero, en razón de la actividad, que por sus características, no puede ser incluida en el régimen general, como los casos de la industria de la construcción, el servicio doméstico y el régimen agrario.

El segundo, está constituido por los estatutos que son clara evidencia de falencias normativas, y que usualmente han sido superados por los contenidos propios de la legislación laboral común, como los viajantes de comercio y periodistas profesionales.

Asimismo, existe un tercer grupo que no se puede incluir en ninguna de las categorías anteriores, porque han surgido como producto de una coyuntura social y política determinada, debiendo haber sido su cauce natural la regulación por vía de los convenios colectivos, y no la normativa estatal.

Finalmente, DE DIEGO propone una clasificación de hasta cinco tipos de regímenes especiales:

- a) De actividad (industria de la construcción, trabajo marítimo, agrario).
- b) De arte u oficio (periodistas, artistas).

(10) Cfr. OJEDA AVILÉS, p. 33.

(11) *Ibidem*, p. 34.

(12) *Ibid.*, p. 25.

(13) DE DIEGO, Julián Arturo. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 607.

- c) De profesión (pilotos, médicos, docentes, deportistas profesionales)
- d) De especialidad (viajantes de comercio, controladores aéreos).
- e) Por la estructura empresarial (PYMEs).

Como se puede apreciar, dos de los regímenes especiales seleccionados para la presente ponencia, se encuentran claramente encuadrados dentro de la clasificación propuesta, por lo que interesa aproximarnos al entorno institucional y jurídico que los regula, a fin de determinar el enfoque predominante a aplicarse en materia de regulación normativa.

IV. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (PYMES)⁽¹⁴⁾

1. Recomendación 189 de la OIT⁽¹⁵⁾

A nivel de la OIT, la normativa que se ha dictado ha sido básicamente a través de recomendaciones, que si bien no tienen naturaleza vinculante, lo interesante es que abordan un tratamiento integral para el caso de las PYME.

Entre los aspectos más saltantes que contempla la Recomendación N° 189, están los siguientes:

- a) Respecto a la definición del ámbito de aplicación de la normativa sobre PYME, señala que los países miembros deberían “en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores” definir las “atendiendo a criterios apropiados, **teniendo en cuenta las condiciones sociales y económicas nacionales**”.
- b) A fin de potenciar el papel fundamental de las PYME, los países miembros deberían adoptar “medidas y mecanismos de aplicación apropiados para salvaguardar los intereses de los trabajadores de tales empresas, proporcionándoles **la protección básica** brindada por otros instrumentos pertinentes”.
- c) En tercer lugar, las disposiciones de la Recomendación N° 189 se aplican a todos los sectores de la actividad económica y a todos los tipos de pequeñas y medianas empresas, sea cual fuere su régimen de propiedad.

(14) Es importante anotar que el estándar internacional es conocido por sus siglas PYME en español, que alude a la pequeña y a la mediana empresa (PYME), que se diferencia de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), utilizada por nuestra normativa -y en general, los medios académicos- para las unidades productivas de menor tamaño, como se analiza a continuación.

(15) Adoptada en la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del 2 de junio de 1998, teniendo como antecedentes directos la resolución sobre fomento de las pequeñas y medianas empresas adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 72ª Reunión (1986), y las conclusiones emanadas de la resolución sobre políticas de empleo en una economía mundializada, adoptada por la Conferencia en su 83ª Reunión.

En materia de políticas macroeconómicas y sectoriales, la Recomendación señala que los países miembros deberían:

- a) Adoptar y poner en práctica políticas fiscales, monetarias y de empleo adaptadas a la promoción de un entorno económico óptimo para las PYME.
- b) Aplicar disposiciones apropiadas respecto al derecho de propiedad, la ejecución de los contratos y la competencia leal, **así como una legislación social y laboral adecuada.**
- c) **Hacer más atractiva la condición empresarial**, evitando medidas normativas y jurídicas que perjudiquen a quienes desean llegar a ser empresarios.
- d) Crear condiciones que aseguren la igualdad de oportunidades para el acceso al crédito, divisas e insumos de importación.
- e) Garanticen la aplicación **no discriminatoria** de la legislación de trabajo con el fin de elevar la calidad del empleo en las pequeñas y medianas empresas.
- f) Eliminar los obstáculos al desarrollo y crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, que pudieran derivarse de dificultades de acceso al crédito y mercados de capital, bajos niveles de capacitación técnica y gestión, bajos niveles de productividad y calidad, acceso insuficiente a mercados y a nuevas tecnologías, dificultades en trámites administrativos en materia de registro, licencias, incluidos aquellos que desincentivan la contratación de personal, sin menoscabar el nivel de las condiciones de empleo ni la eficacia de la inspección del trabajo.

La Recomendación también pone énfasis en la obligación que deben asumir los países miembros de adopción de <medidas específicas e incentivos para ayudar y promover al sector no estructurado> con miras a su integración en el sector estructurado, para cuyos efectos deberían, cuando proceda:

- a) **Examinar la legislación laboral y social**, en consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas, para determinar:
 - i) **Si esta legislación se ajusta a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas** y asegura una protección y condiciones de trabajo adecuadas para sus trabajadores.
 - ii) En lo que se refiere **a la protección social**, si es necesario adoptar medidas complementarias, como regímenes voluntarios, iniciativas de carácter cooperativo u otras.
 - iii) **Si dicha protección social abarca a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas y si existen disposiciones adecuadas para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de seguridad social** en ámbitos tales como la asistencia médica y las prestaciones,

las indemnizaciones y los subsidios por enfermedad, por desempleo, de vejez, en caso de accidentes de trabajo, de maternidad, de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente, la Recomendación señala como acciones a desarrollarse por los países miembros en relación con su legislación laboral:

- a) Posibilidad de adoptar políticas adecuadas destinadas a mejorar todos los aspectos del empleo en las pequeñas y medianas empresas, **garantizando la aplicación no discriminatoria de una legislación protectora en los ámbitos social y laboral.**
- b) Prestando servicios de asesoramiento en materia de derechos de los trabajadores, **legislación laboral y protección social a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas.**
- c) Alentarse a las pequeñas y medianas empresas y sus trabajadores a estar suficientemente representados, **en el pleno respeto de la libertad sindical.** Con este fin, las organizaciones de empleadores y trabajadores deberían considerar la ampliación de su composición para incorporar a las pequeñas y medianas empresas.

Como se podrá apreciar, la mayor parte de estos criterios han sido incorporados a la normativa de MYPE en los países de la región, y como señala un importante estudio de la OIT⁽¹⁶⁾, esta ha tenido por objeto incentivar su proceso de formalización, siendo una herramienta fundamental la flexibilización de los contenidos de la normativa laboral, como se pasa a analizar.

2. Regímenes laborales especiales sobre PYMEs en la Región

Como tenemos dicho, la preocupación central de la Recomendación N° 189 fue proporcionar un marco institucional y normativo adecuado para el desarrollo de las PYME, aproximando la brecha entre el sector no estructurado de la economía y el sector moderno, con el objeto que puedan generarse las condiciones adecuadas para la creación de <empleos productivos y duraderos>, compatibles con los estándares de trabajo decente que preconiza la OIT.

Para tener una visión de derecho comparado de los regímenes especiales, hemos optado por centralizar nuestro análisis en la problemática de las PYME, a partir de un enfoque retrospectivo que se inicia con el proceso de reforma del mercado de trabajo que se implementó en la década de los noventa, con una clara orientación flexibilizadora en la región.

(16) *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un Análisis Comparado.* Lima, OIT, 2005, p. 13.

Como concluye un estudio de la OIT sobre el impacto de esta reforma en las relaciones laborales en general:

(...) es necesario resaltar que la mayor parte de las reformas registradas en la región desde 1999 responden a ajustes dirigidos a flexibilizar la legislación en alguno de sus aspectos (salario, trámites administrativos, jornadas) **y solo con relación a la pequeña y microempresa**. Esto indica una variación interesante en la tendencia flexibilizadora, que ahora se concentra de modo más matizado en un único sector del total de las empresas. **Este sector representa entre el 30 y el 40% del total de las empresas, por lo que cualquier reforma legal en este ámbito tiene un especial impacto**⁽¹⁷⁾.

Una primera tendencia se puede advertir en las reformas introducidas en el ámbito de los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú⁽¹⁸⁾ y Venezuela) entre la década del noventa y 2001 en adelante, en que los regímenes especiales de trabajo sobre MYPE cumplieron un papel destacado.

Cabe advertir que tanto Colombia como Venezuela, en forma previa a la reforma laboral de los noventa, ya habían introducido regulaciones de excepción en materia de protección contra el despido en las MYPE.

En Colombia, el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), establecía que los trabajadores del servicio doméstico, y los que laboraran en empresas industriales de menos de 20,000 pesos y las empresas agrícolas de menos de 60,000 pesos, el auxilio de cesantía “restringida” sería de 15 días por año de servicio; es decir, el 50% del monto ordinario, que es un mes de remuneraciones por año de servicios⁽¹⁹⁾.

También se excluye del pago de esta cesantía a los artesanos que trabajen directamente en su establecimiento y que no ocupen más de cinco trabajadores, según señalan los artículos 249 y 251 del citado Código⁽²⁰⁾.

En Venezuela rigió un criterio análogo, que venía de la Ley contra el despido injustificado de 1974, que excluía de sus alcances a las empresas con menos de 10 trabajadores, que fuera reproducido en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Trabajo, estando prohibido el reenganche en las empresas con un número inferior a 10 trabajadores.

En los países del Cono Sur el panorama no es sustancialmente diferente.

En Argentina la Ley N° 24.467, fijó en 40 el número para estar comprendido como Pequeña Empresa y sujetarse a este régimen promocional, fijándose también

(17) OIT, *La Reforma (...)* Ob. cit., p. 13.

(18) Artículo 249 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia.

(19) OIT, Ob. cit., p. 116

(20) De Diego, Ob. cit., p. 631.

topes de facturación anual por sectores de actividad económica: industrial (5 millones de pesos), rural (dos millones y medio de pesos), comercial (tres millones), y servicios (cuatro millones)⁽²¹⁾.

La variante del régimen de Pequeña Empresa (PE) argentino es que deja a la autonomía colectiva la regulación del contenido de diversos beneficios legales, como vacaciones, indemnizaciones por despido, reforzándose asimismo el poder de dirección del empresario a través del *jus variandi*, para impulsar la polifuncionalidad dentro del marco de la relación individual del trabajo⁽²²⁾.

En Paraguay, la Ley N° 1980 define a la pequeña empresa como aquella que cuenta con menos de 5 trabajadores, y le fija varias regulaciones especiales, a saber: i) se les permite contratar hasta un 20% de su personal bajo contrato de primer empleo, ii) se les excluye del pago del beneficio de la asignación familiar, iii) no se les abona indemnización por despido ni vacaciones, y, finalmente, iv) se deducen los aportes jubilatorios y de pensiones del Impuesto a la Renta⁽²³⁾.

En el ámbito centroamericano, en Panamá desde 1986, se estableció un régimen de pequeñas empresas, que comprende a las empresas agroindustriales de menos de 20 trabajadores, fabriles de menos de 15, y de servicios con menos de 10, de la obligación de reintegro del trabajador, pudiendo resolverse su relación de trabajo sin expresión de causa, al amparo de los artículos 211, 212 y 217 del Código de Trabajo de Panamá.

A nuestro juicio, queda claro que un importante número de países de la región ha venido dictando normas para incorporar a las MYPE dentro del sector formal, como un componente fundamental de las políticas legislativas de la región, incluso antes de la Reforma Laboral de los 90.

Como ha señalado la OIT:

“Cada día se reconoce más el papel que desempeña el conjunto de normas, regulaciones y políticas dirigidas a las MIPYME como un factor crucial para su desarrollo. Un entorno favorable a su desarrollo se compone de elementos administrativos, tributarios, financieros, educativos y otros importantes para la creación en condiciones sostenibles y el buen desempeño de estas pequeñas unidades económicas. **La promoción de un ambiente propicio para la pequeña empresa debiera constituirse en una práctica constante en las políticas económicas y sociales de muchos países, sea por razones de compensación social o para impulsar el crecimiento competitivo de segmentos en desventaja del aparato productivo (...)**⁽²⁴⁾.

(21) Ibid.

(22) OIT, La Reforma (...) p. 117.

(23) OIT, *Panorama Laboral 2008*, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2008, p. 49.

(24) OIT, *Panorama (...)* Ob. cit., p. 61.

“Un aspecto central en este sentido es el de la promoción del empleo decente en las MIPYME, en el marco de las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) que la OIT adopta. **Si bien ciertos convenios de la OIT pueden permitir que los estados ratificantes excluyan a las pequeñas empresas, las NIT no deben dejar de cumplir un papel orientador en la acción de los gobiernos para avanzar con la puesta en práctica de las distintas dimensiones del trabajo decente en las pequeñas empresas (...)**²⁵⁾.”

A manera de ilustración, el Cuadro N° 1 presenta un enfoque comparativo entre siete países de la región, que resume los diversos instrumentos de política establecidos en favor de las MYPE, que permitirá apreciar su amplitud, así como su impacto en el sistema de relaciones laborales de cada país.

CUADRO N° 1
América Latina
Aspectos legales e institucionales del marco normativo para las MIPYME
(2007)⁽²⁶⁾

Criterios de Clasificación	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	México	Paraguay	Perú
Leyes específicas para MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Artículos MIPYME en leyes generales: tributos, laboral	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Régimen especial laboral MIPYME		✓				✓	✓
Programa nacional de fomento de MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Dimensión MIPYME en programa nacional de desarrollo		✓	✓	✓	✓		
Instituciones públicas especializadas en MIPYME	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Coordinación pública/privada en políticas MIPYME		✓	✓	✓		✓	✓
Descentralización en diseño y ejecución de políticas	✓	✓	✓		✓		
Normativa especial para:							
Simplificación de trámites administrativos		✓	✓			✓	✓
Desarrollo económico territorial/local		✓	✓	✓			✓
Compras públicas con participación MIPYME			✓		✓		✓

(25) Fuente: OIT, *Panorama Laboral 2008*, Lima, 2008, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 61.

(26) Fuente: OIT, *Panorama Laboral 2008*, Lima, 2008, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 61

Fomento a formalización MIPYME y sus trabajadores	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Normas especiales sobre servicios MIPYME							
Servicios financieros MIPYME		✓	✓		✓	✓	✓
Capacitación y otros servicios de desarrollo empresarial (SDE)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Asesoría tecnológica	✓	✓	✓	✓			✓
Mujer emprendedora		✓	✓				
Emprendedores juveniles				✓			✓
Apoyo MIPYME de grupos vulnerables		✓	✓		✓	✓	
Apoyo MIPYME rural	✓	✓			✓		
Comercialización interna			✓	✓			
Fomento asociativo (clusters, cooperativas)	v	✓	✓	✓	✓		
Innovación y diseño				✓			
Fomento exportación	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Trabajadores por cuenta propia			✓				
Protección social MIPYME (seguridad en salud, pensiones)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Fomento asociaciones representativas MIPYME		✓	✓	✓	✓	✓	

Seguidamente, analizaremos el régimen laboral aplicable a las MYPE en nuestro país, incidiendo en sus características particulares, lo que permitirá ubicarlo dentro de esta corriente flexibilizadora en América Latina.

V. RÉGIMENES ESPECIALES EN EL PERÚ: RÉGIMEN LABORAL DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA Y EL RÉGIMEN LABORAL AGRARIO

1. Régimen Especial de Micro y Pequeña Empresa

Mediante Decreto Supremo N° 007-2008-TR, se aprobó el T.U.O. de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente (en adelante “Ley MYPE”), siendo reglamentada posteriormente a través del Decreto Supremo N° 008-2008-TR (en adelante “Reglamento Ley MYPE”).

Según el artículo 4 de la Ley MYPE: “Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que

tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios”.

Como señala el artículo 38 de la Ley MYPE, su ámbito comprende “a todos los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que presten servicios en las micro y pequeñas empresas, así como a sus conductores y empleadores”; es decir, comprende tanto a trabajadores como a los titulares del emprendimiento.

Siguiendo la tendencia regional, el artículo 5 de la Ley MYPE fija dos criterios para determinar su ámbito de aplicación: i) el número de trabajadores que prestan servicios en la unidad económica, y, ii) el volumen de ventas anuales, que están en función a un índice reajutable que es la Unidad Impositiva Tributaria (UIT):

- a) **Microempresa:** De 1 a 10 trabajadores y hasta 150 UIT de ventas anuales.
- b) **Pequeña Empresa:** De 1 hasta 100 trabajadores y hasta 1700 UIT de ventas anuales.

Respecto al volumen de ventas anuales, la norma señala que este podrá ser incrementado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas cada dos (2) años, y no será menor a la variación porcentual acumulada del PBI nominal en el referido periodo.

Con relación a la naturaleza de este régimen, el artículo 42 de la Ley MYPE, que regula el régimen laboral especial aplicable a las MYPE, señala claramente su carácter permanente.

Como señala el artículo 41, el Régimen Laboral Especial regulado en la Ley MYPE tiene por objeto fomentar su formalización y desarrollo, mejorando las condiciones de disfrute efectivo de los derechos y beneficios de naturaleza laboral recogidos en esta normativa.

En principio, la Ley MYPE fija un régimen general -una suerte de < piso común > en materia laboral para la Pequeña Empresa y a la Microempresa. Sin embargo, también plantea una regulación diferenciada en cuanto a la cuantía de ciertos beneficios, estableciendo una graduación distinta para la microempresa, como se pasa a analizar.

1.a. Régimen General Laboral

En primer lugar, el artículo 41 de la Ley MYPE, señala que el Régimen Laboral compartido por la Microempresa y la Pequeña Empresa, comprende los siguientes *derechos mínimos* laborales:

- a) Remuneración Mínima Vital (RMV).
- b) Jornada máxima de 8 horas diarias, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo.
- c) Descanso semanal.

- d) Descanso por días feriados.
- e) Protección contra el despido injustificado.

1.b. Régimen Laboral Especial para la Pequeña Empresa

En segundo lugar, constituyen beneficios aplicables a la Pequeña Empresa los siguientes:

- a) Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), a cargo de su empleador, según lo dispuesto por la Ley N° 26790.
- b) Seguro de Vida, igualmente a cargo de su empleador (SV), de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 688.
- c) Participación en utilidades, de acuerdo al régimen general establecido en el Decreto Legislativo N° 892.
- d) Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), con arreglo a las normas del régimen laboral común, a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios hasta un tope máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.
- e) Dos gratificaciones legales anuales por fiestas patrias y navidad, equivalentes a media remuneración cada una, de acuerdo a lo señalado en el régimen laboral común.
- f) El monto de la indemnización por despido injustificado equivale a veinte (20) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un tope de ciento veinte (120) remuneraciones diarias, abonándose las fracciones de año por dozavos⁽²⁷⁾.
- g) En materia de derechos colectivos, en el caso de la Pequeña Empresa, los trabajadores continuarán rigiéndose por las normas del régimen laboral común.
- h) Finalmente, los beneficios antes citados son susceptibles de mejora mediante convenio colectivo, convenio individual o decisión unilateral del empleador⁽²⁸⁾.

1.c. Régimen Laboral Especial aplicable a la Microempresa

Comprende los beneficios mínimos señalados anteriormente, con los siguientes parámetros legales:

- a) **Remuneración mínima:** Será pactada libremente entre las partes, no pudiendo ser inferior a la RMV vigente, que actualmente asciende a S/ 550.00. Tampoco resultará aplicable la remuneración mínima nocturna, por expreso mandato del artículo 44 de la Ley MYPE, consistente en la sobretasa del

(27) Vid. artículo 47 de la Ley MYPE.

(28) Vid. artículo 35 del Reglamento de la Ley MYPE.

35% sobre la RMV. Por acuerdo del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, y mediante Decreto Supremo podrá fijarse una RMV inferior, tanto a nivel sectorial como general.

- b) **Jornada de Trabajo:** Por constituir un mínimo de derecho necesario, en materia de jornada de trabajo se aplican las normas previstas en el régimen laboral común, concretamente en materia de: i) jornada máxima y horario de trabajo, ii) normas sobre refrigerio, iii) Modificación de horarios de trabajo, iv) trabajo en sobretiempo, tasas aplicables y otorgamiento de descansos compensatorios, y, v) registro de las horas trabajadas conforme a Ley.
- c) **Descanso semanal obligatorio y feriados:** También por constituir mínimos legales, se observan las normas previstas en el régimen laboral común: i) descanso semanal de 24 horas continuas, ii) pago de sobretasa del 100% si se labora en el día de descanso semanal obligatorio sin descanso compensatorio. Los feriados son los instituidos dentro del régimen laboral común, que equivalen a 12 días al año.
- d) **Vacaciones anuales:** Los requisitos legales exigibles para el goce vacacional son los previstos en el régimen laboral común, en lo referente a récord de servicios y días efectivos de trabajo⁽²⁹⁾. Sin embargo, la duración del descanso vacacional ha sido fijado en quince (15) días calendario por año completo de servicios, pudiendo ser incluso reducido a siete (7) días, siempre que medie un acuerdo individual y por escrito entre empleador y trabajador, y el pago de la respectiva compensación económica por los días reducidos⁽³⁰⁾.
- e) **Indemnización por despido injustificado:** El monto de la indemnización por despido injustificado aplicable en la Microempresa equivale a diez (10) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, hasta un máximo de noventa remuneraciones (90) diarias, lo cual significa aproximadamente un 25% de lo que le corresponde a un trabajador sujeto al régimen laboral común, que es de una remuneración y media (1.5) ordinaria mensual⁽³¹⁾.
- f) Igualmente, el artículo 36 del Reglamento de la Ley MYPE señala en forma expresa que “los trabajadores de las microempresas gozan de los derechos colectivos recogidos en la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales del Trabajo, la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo y la normativa complementaria y modificatoria, en lo que les resulte aplicable”.

Finalmente, los trabajadores que laboran en las ME están excluidos de los siguientes beneficios del régimen laboral común: i) Seguro de Vida (Decreto

(29) Asimismo, resultan aplicables las normas del Decreto Legislativo N° 713 sobre acumulación de descansos vacacionales, “venta” de vacaciones y el pago de la triple indemnización vacacional prevista en el inciso c) del artículo 23 del citado texto legislativo.

(30) Ver artículo 37 del Reglamento MYPE.

(31) Ver artículo 38 de la LPCL.

Legislativo N° 688), ii) Participación en las utilidades de la empresa, iii) Compensación por tiempo de servicios (CTS), y, iv) Gratificaciones legales de fiestas patrias y navidad.

Precisamente estos matices diferenciadores –o “peldaños *in pejus*”– en el cuadro de beneficios que la Ley MYPE reconoce a favor de sus trabajadores, ha sido la controversia central, por lo que interesa conocer a continuación las características del régimen laboral agrario.

2. Régimen Laboral Especial Agrario

Mediante Ley N° 27360 fueron aprobadas las normas de promoción del sector agrario, en aplicación del mandato establecido en el artículo 88 de la Constitución⁽³²⁾. En ese sentido, el artículo 1 de la Ley declara de interés prioritario la inversión y el desarrollo del sector agrario.

Son beneficiarios de la Ley las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianzas, con excepción de la industria forestal, encontrándose asimismo comprendidos las personas naturales o jurídicas que realicen actividad agroindustrial, siempre que utilicen productos agropecuarios directamente adquiridos de las personas que realicen cultivo y/o crianza en áreas fuera de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao⁽³³⁾.

En relación al régimen laboral especial que la citada Ley establece, sus alcances son los siguientes:

- a) **Contratación a tiempo determinado o indeterminado:** Los empleadores de la actividad agraria podrán contratar a su personal por tiempo determinado o indeterminado.
- b) **Jornadas acumulativas o atípicas:** Según el artículo 7 de la Ley, numeral 7.1., en caso de que los trabajadores sean contratados por temporada, podrá fijarse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos legalmente, que son 48 horas semanales en promedio. Los pagos por sobretiempo procederán únicamente cuando el trabajador haya superado la jornada ordinaria promedio.
- c) **Remuneración Mínima:** El artículo 7, en su numeral 7.2. señala que los trabajadores sujetos al régimen laboral agrario tienen derecho a percibir una remuneración mínima diaria no inferior a S/ 16.00, siempre y cuando laboren más de cuatro (4) horas diarias en promedio.

(32) “**Artículo 88.**- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona (...)”

(33) Vide artículo 2 de la Ley.

Dicho artículo también señala que la RM también incluye la compensación por tiempo de servicios (CTS) y las gratificaciones por fiestas patrias y navidad. También señala la norma citada que dicha RM se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la remuneración mínima vital dispuestos por el Gobierno⁽³⁴⁾.

- d) **Vacaciones:** El descanso vacacional será de quince (15) días calendario remunerados por año de servicios o la fracción correspondiente, salvo acuerdo entre trabajador y empleador por un periodo mayor.
- e) **Indemnización por despido:** En caso de despido arbitrario, la indemnización a abonarse al trabajador equivale a quince (15) días de remuneración por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) días. Las fracciones de años se computan por dozavos.
- f) **Aportaciones al Seguro de Salud y Régimen Previsional:** La tasa de aporte al Seguro de Salud para los trabajadores que laboren para empleadores del sector agrario será del 4% de la remuneración mensual del trabajador afiliado. Los trabajadores del sector agrario podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales, siendo opción del trabajador su incorporación o permanencia en los mismos.

Habiendo completado el panorama normativo de estos regímenes, que graficamos en el Cuadro N° 2, interesa analizar los criterios legales adoptados por el Tribunal Constitucional (TC), que sin lugar a dudas, tomó en consideración el contexto socio-económico en que las MYPE desarrollan sus actividades productivas.

CUADRO N° 2

Régimen Laboral común y Regímenes Laborales Especiales en el Perú

Beneficio	Régimen General	Régimen Especial PYME		Régimen Agrario	Unidad
		Microempresa	Pequeña Empresa		
Tributario					
Impuesto a la Renta Laboral	30%	30%	25%	15%	Renta de 3era categoría
Salario Mínimo Adicionales (a cargo del empleador)	550	550	550	643	Soles por mes

(34) Siendo que la RM al mes de setiembre ascendía a S/ 19.51 diarios, al ser el incremento porcentual dispuesto por el Decreto Supremo N° 022-2007-TR, publicado el 27 de setiembre de 2007, equivalente al 10%, a partir del 1 de enero de 2008, la RM aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral especial agrario habría sido reajustada a S/ 21.46 diarios.

Gratificaciones	2	No le corresponde	1	incluido en SM	Salario mensual por año
CTS	1	No le corresponde	0.5	incluido en SM	Salario mensual por año
Vacaciones	30	15	15	15	Días al año
Asignación Familiar	10%		10%	10%	% del SM
Seguro de Salud	9%	9%	9%	4%	% del Salario
Pensiones (a cargo del trabajador)	11% opcional	11% opcional	11% opcional	11% opcional	% del Salario
Otros					
Indemnización especial		2			Salario mensual por año
Despido Arbitrario	1.5 (máx. 12)	0.3 (máx. 3)	0.6 (máx. 4)	0.5 (máx. 6)	Salario mensual por año
Sobretiempo Nocturno	35%	0	0	35%	% del Salario
Efecto sobre costos laborales					
Costos Laborales (con familia)	154% a/	113%		135% a/	
Costos Laborales (sin familia) c/	142%	113%		125%	

Fuente: Tomado de Chacaltana, Juan, Regímenes Laborales Especiales: El caso peruano, en: **Relaciones Laborales en el mundo. 43 estudios en homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez, Lima, 2008, APERT, p. 347.**

Nota del autor: Con fines de simplificar la exposición, no se han considerado en estos cálculos los efectos cruzados de unos beneficios sobre otros.

a/ Incluye gratificaciones, CTS, subsidio familiar, seguro de salud, vacaciones, y pensiones.

b/ Incluye seguro de salud y vacaciones

c/ Igual al caso con familia, pero excluye la asignación familiar.

3. Jurisprudencia Constitucional sobre Regímenes Laborales Especiales

Mediante Ejecutoria de fecha 21 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional (TC) desestimó una Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario, que creaba el régimen especial laboral agrario.

3.a. Materias constitucionalmente relevantes

A efectos de emitir su pronunciamiento, el TC estimó pertinente analizar las siguientes materias como “constitucionalmente relevantes”:

- (i) El principio-derecho a la igualdad y su contenido.
- (ii) Entre la discriminación y el trato diferenciado: ¿qué se proscribe?

- (iii) Remuneración, descanso vacacional anual y la indemnización por despido en el régimen laboral común.
- (iv) Singularidades del sector agrario y la justificación de un régimen laboral especial para este sector.
- (v) El sector agrario y su problemática desde el enfoque de la OIT.
- (vi) Dos regímenes laborales especiales: el régimen de MYPE y el régimen del sector agrario.
- (vii) El rol del Estado en la promoción y acceso al empleo en una Economía Social de Mercado conforme a la Constitución.
- (viii) La eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y las restricciones presupuestarias de los Estados desde la perspectiva del CDSEC.
- (ix) El artículo 103 de la Constitución y la naturaleza de las cosas.
- (x) Aplicación del “Test de Igualdad” para determinar la existencia de trato discriminatorio.

3.b. Aspectos con relevancia constitucional relacionados con la regulación de los regímenes especiales en el Perú

A pesar del tratamiento integral -y ciertamente valioso- de los aspectos que aborda el Tribunal en esta Ejecutoria, para efectos de nuestro análisis sobre regímenes especiales, interesa focalizar nuestra atención en los siguientes:

- a) El rol del Estado en una Economía Social de Mercado.
- b) Eficacia progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Cómo opera la habilitación constitucional para legislar en función a la naturaleza de las cosas en relación a contextos socio-económicos determinados.

3.b.1. El rol del Estado en una Economía Social de Mercado

A nuestro juicio, este es el aspecto central del raciocinio seguido por el TC, que forma parte de otra premisa básica: que los regímenes laborales agrario y de MYPE tienen características similares y “que coexisten en el ordenamiento jurídico peruano”⁽³⁵⁾, por cuanto “comparten una regulación que prevé diferenciaciones en contraste con lo establecido en el régimen laboral común”⁽³⁶⁾.

(35) Fundamento 47 de la Ejecutoria del 21 de noviembre de 2007.

(36) Fundamento 49 de la Ejecutoria citada.

El concepto de <Economía Social de Mercado> fue introducido en la Constitución de 1979, en el artículo 115⁽³⁷⁾, que regulaba el principio de libertad económica, y puntualizaba que esta “se ejerce en una economía social de mercado”.

KRESALJA y OCHOA coinciden con ello, agregando que “su aceptación mayoritaria en la actualidad no puede hacer olvidar que no fue fácil su inclusión en el texto de la Constitución de 1979 y que fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano que lo impulsó y la socialdemocracia del APRA”⁽³⁸⁾.

Siendo producto de un consenso laboriosamente forjado entre dos partidos ideológicamente distintos, resulta evidente que la interpretación del citado artículo constitucional tendría también diversas lecturas, a las que por cierto, tampoco era ajeno el concepto de <economía social de mercado>.

La flexibilidad del concepto⁽³⁹⁾, queda de manifiesto en el siguiente comentario del propio OCHOA, vertido a propósito del artículo equivalente de la Constitución de 1979:

“Si bien es cierto que toda constitución demo-liberal impone reglas de juego que afirman la protección de la iniciativa privada, el gran error del texto peruano es haber remarcado en exceso los principios del neoliberalismo, con el peligro que estos postulados se congelen en nuestro ordenamiento fundamental, resultando un freno a cualquier proyecto político que pretenda impulsar profundas transformaciones en las estructuras socio-económicas utilizando como instrumento esencial la institucionalidad constitucional”⁽⁴⁰⁾.

Con la Constitución de 1993, no solo se profundizó el contenido liberal del régimen económico, impulsado por el “Consenso de Washington” y los programas de ajuste y estabilización aplicados en la región, sino que terminó relegando al Estado, a un rol promotor y orientador de la actividad económica, y a cumplir función subsidiaria en la economía:

(37) “**Artículo 115.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”.

(38) Kresalja, Baldo, Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico*, Lima 2009, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 355.

(39) Ver al respecto, Kresalja, cit. en *Derecho Constitucional Económico*, Ob. cit., p. 355: “Cuando nuestros textos constitucionales disponen que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se ejercen en el marco de una economía social de mercado, está implícitamente haciendo posible a los partidos políticos democráticos representantes de distintas ideologías plantear y presentar a sus electores diversos programas gubernamentales de política económica y social, los que no podrán -claro está- transgredir los valores incorporados en los principios constitucionales, así como tampoco el contenido esencial de la libertad de empresa”.

(40) OCHOA, César. “Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979”. En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Director: Francisco Eguiguren, Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 620.

“A pesar que sus contornos son poco claros, la economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, y en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla (...)

En otras palabras, el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos. **Sin embargo, para lograr niveles de vida aceptables, para subsanar fallas en el sistema o incorrecciones, el Estado debe intervenir, haciendo uso principalmente de sus armas normativas**⁽⁴¹⁾.

Precisamente en ello reside la actuación legislativa del Estado, a fin de posibilitar que la población pueda acceder a los derechos fundamentales al trabajo, al bienestar y al progreso social, como preceptúa el artículo 22 de la Constitución⁽⁴²⁾:

“Debe reconocerse también **una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales**, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad, o lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que por mandato expreso de la Norma Fundamental, **el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad**⁽⁴³⁾.

Si bien corresponde a los agentes económicos ejercer su iniciativa privada, el Estado dentro de una economía social de mercado debe asumir el rol de corregir las imperfecciones del mercado, dadas las especiales características de nuestro mercado de trabajo:

“(...) es posible advertir el rol promotor del empleo que el Estado desempeña, originado en diferentes mandatos constitucionales <<artículos 22, 23 y 58>>, no obstante, claro está, que este **rol promotor del Estado** se realiza de forma progresiva a través de la previsión de políticas y programas integrales que generen un incremento del acceso a puestos de trabajo (cuantitativa y cualitativamente). **El trabajo no declarado en el Perú es –y aun cuando en algo se ha reducido– un severo problema, que con la instauración de algunos de estos regímenes especiales, especialmente (sic.) se**

(41) KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, Ob. cit., p. 359.

(42) “**Artículo 22.**– El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

(43) Ejecutoria del Tribunal Constitucional de fecha 11 de setiembre de 2003, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad seguida por Roberto Nesta Brero contra el Decreto de Urgencia N° 140-2001, Fundamento 15.

ha pretendido superar. El grueso del mercado laboral está al margen del régimen laboral común, dado que la mayor parte de trabajadores mantienen vínculos laborales no declarados o informales”⁽⁴⁴⁾.

En resumen, corresponde al Estado dentro de un régimen de economía social de mercado, promover el establecimiento de medidas legislativas tendientes a promover el empleo, especialmente en el ámbito de las PYME, quedando plenamente habilitado para crear regímenes especiales de trabajo compatibles con las características de estos mercados de trabajo⁽⁴⁵⁾.

3.b.2. Eficacia Progresiva de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El aspecto de la progresividad de los derechos se relaciona directamente con el concepto de <Economía Social de Mercado>, por lo que nos limitaremos a señalar su vinculación con el tema de la eficacia progresiva de los derechos fundamentales:

“Al respecto, el acceso a un puesto laboral, como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, implica **un desarrollo progresivo, lo que significa que existe una obligación estatal de promover las condiciones para el acceso al trabajo (...)**

El Tribunal Constitucional entiende que la promoción y el desarrollo progresivo del acceso al trabajo **tiene en el Estado a un promotor**, pero que, en definitiva, y en el marco de nuestra Economía Social de Mercado, corresponde a las empresas, en sus diversas modalidades, generar los puestos de trabajo que constituyen la base del bienestar general a que se refiere el artículo 44 de la Constitución. Para ello el Estado debe crear las condiciones adecuadas para estimular la creación de riqueza nacional conforme al artículo 59 de la Constitución. **En ese contexto, es evidentemente (sic.) que una de las formas que tiene el Estado de promover el empleo es a través de la legislación laboral**”⁽⁴⁶⁾.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC)⁽⁴⁷⁾, señala que “el concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo (...) se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las

(44) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Exp. N° 00027-2006-PI, Fundamento 57.

(45) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamentos 55 y 56.

(46) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 59.

(47) Previsto en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 2129 del 28 de marzo de 1978. El instrumento de ratificación de fecha 12 de abril de 1978 fue depositado el 28 de ese mes y entró en vigor el 28 de julio de 1978 durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 1978.

realidades del mundo (...) y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”⁽⁴⁸⁾.

Ello se ve reafirmado con lo señalado en el artículo 2, numeral 1 del citado Pacto, el cual señala que cada Estado Parte “se compromete a adoptar medidas, tanto como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, **inclusive en particular la adopción de medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”⁽⁴⁹⁾.

3.b.3. La <naturaleza de las cosas> frente a contextos socio- económicos determinados

Como es sabido, el artículo 103 de la Constitución establece que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”.

Parte esencial del razonamiento seguido por el TC, es la aplicación del *Test de Igualdad* al régimen laboral agrario, a fin de determinar si las regulaciones especiales contenidas en él, que tienen la característica de estar un “peldaño *in pejus*” respecto del cuadro de derechos sociales que contempla el régimen laboral común, resultan acordes al *principio-derecho de igualdad*.

Para el TC los criterios aplicables para determinar si un trato es desigual o discriminatorio, son los siguientes⁽⁵⁰⁾:

- a) **Subprincipio de idoneidad o adecuación:** Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz a fin de coadyuvar a un objetivo constitucionalmente legítimo.
- b) **Subprincipio de necesidad:** Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno que el derecho afectado.
- c) **Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu:** Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por lo tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

(48) Cit. en Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 65.

(49) Fundamentos 64 y 65 de la Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

(50) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 73.

En primer lugar, la sentencia analiza las condiciones en que se desenvuelve el trabajo agrícola, que a decir del Tribunal, se caracteriza por su temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo⁽⁵¹⁾.

Dentro de este orden de ideas, para el TC el régimen laboral agrario cumple un fin constitucionalmente legítimo, de fomento y promoción del empleo, fines que derivan de un Estado social, y del régimen de economía social de mercado orientado hacia el logro del progreso social y económico preconizado en el artículo 23 de la Constitución⁽⁵²⁾.

En segundo lugar, para el TC, atendiendo a las condiciones en que se desenvuelven las condiciones de trabajo en el mercado de trabajo agrario, arriba a la conclusión que:

“(…) ha quedado evidenciado en esta sentencia que en el sector agrícola intervienen factores que le atribuyen una especialidad natural y propia a la actividad económica (temporalidad, movilidad de trabajadores, estacionalidad e informalidad); y que la propia Ley de Promoción del sector agrario reconoce que se trata de un régimen con características especiales.

Por lo tanto, la emisión de una legislación especial y excepcional se impone ante la singular naturaleza del sector agrícola, como medio idóneo para promover el empleo de forma progresiva en este sector de la economía. Se trata de la emisión de una norma que plasme una realidad concreta y distinta, que considere que en el agro las contrataciones son temporales por excelencia, incluso estacionales; que no es común que un trabajador labore para un mismo empleador por más de un año consecutivo, y que la movilidad es relevante⁽⁵³⁾.

El aspecto más controvertido de esta Ejecutoria fue el relacionado a la aplicación del subprincipio de necesidad, puesto que para el TC: “la regulación de un régimen laboral especial es la menos gravosa, en virtud de la singularidad del sector agrario, aún cuando el demandante sostiene como medida hipotética menos gravosa la generación de beneficios tributarios, que por cierto fueron incluidos como parte del conjunto de medidas de promoción en la Ley materia de cuestionamiento, y que en todo caso constituye de igual manera una intervención legislativa singular en materia tributaria⁽⁵⁴⁾.”

(51) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 75.

(52) Infra nota 57.

(53) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 78.

(54) Ejecutoria del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 79.

Una posición discrepante con el TC ha sido manifestada recientemente entre nosotros por QUIÑONES y SANCHEZ⁽⁵⁵⁾, para quienes el *Test de Igualdad* aplicado por el TC, debiera incluir los elementos complementarios siguientes:

- a) **En el subprincipio de necesidad:** Proponen como medida menos gravosa la alternativa de otorgar a las empresas agrícolas incentivos tributarios, como reducción de impuestos, aranceles para la importación de maquinaria, políticas de mejora de la productividad, etc.
- b) **En el subprincipio de proporcionalidad:** Los regímenes deben ser de carácter temporal, y sujeta a evaluaciones periódicas en función a indicadores estadísticos que permitan al operador medir los efectos en la reducción de las desigualdades presentes en el mercado de trabajo, tasas de sindicalización y cobertura de la negociación colectiva

Respecto a la primera acotación -adicionalmente al argumento ya expuesto por el TC-, y en línea con lo señalado por la Recomendación N° 189 de la OIT, consideramos que la intervención legislativa que efectúe el Estado debe ser integral, y cubrir todos los aspectos vinculados a la problemática del trabajo agrícola como de las MYPE⁽⁵⁶⁾, lo cual evidentemente implica el establecimiento de un régimen laboral especial que se adecue a estas realidades socio-económicas.

En segundo lugar, la experiencia en normas promocionales con carácter temporal nunca ha sido positiva, por cuanto al carecerse de un horizonte de predictibilidad jurídica, los destinatarios de la normativa difícilmente se acogen a sus alcances (“aversión al riesgo”).

No debe perderse de vista que los destinatarios de la norma son las MYPE y las empresas del sector agrario, que cubren un universo tan amplio que va desde pequeñas unidades de autosubsistencia con trabajadores familiares no remunerados, hasta empresas agroindustriales o pequeñas empresas industriales ubicadas en el sector moderno de la economía, que demandan por igual seguridad jurídica para sus emprendimientos.

En tercer término, respecto a la sugerencia que se efectúen mediciones estadísticas, no podemos menos que compartirla, haciendo hincapié que por lo menos en el ámbito de la tarea legislativa en el Congreso de la República se ha incorporado dentro de la formulación de los proyectos de ley, un análisis costo-beneficio que se hace extensivo para cualquier propuesta normativa, por lo que no habría ningún impedimento para aplicarla también para los casos de modificación de normas legales, lo cual permitiría una evaluación de su eficacia en el tiempo.

(55) QUIÑÓNEZ, Sergio y SÁNCHEZ, Christian. “Igualdad ante la Ley y regímenes laborales especiales”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica, Grijley, Lima, 2009, p. 307.

(56) Ver al respecto, Exposición de Motivos de la Ley MYPE, p. 12 y ss, que habla de una propuesta integral para incorporar a las MYPE al ámbito de la protección social.

Finalmente, el TC concluye sobre los parámetros de comparación:

“(…) este Colegiado considera que la regulación establecida para el Régimen Laboral Común, de un lado, y para el Régimen Laboral Agrario, de otro no son comparables stricto sensu, sino que más bien, y tal como ha quedado evidenciado a lo largo de esta sentencia, **presentan diferencias sustanciales que permiten tratamientos legislativos distintos por causas objetivas y justificadas**, no habiéndose producido contravención del principio-derecho de igualdad; por lo tanto, la Ley que regula el régimen laboral especial para el agro no es discriminatoria”⁽⁵⁷⁾.

A continuación, pasaremos a analizar las especiales características de nuestro mercado laboral, a fin de confirmar nuestras apreciaciones sobre la validez de extrapolar los criterios del TC al caso de las pequeñas unidades productivas.

4. Regímenes Especiales de Trabajo y Mercado Laboral

Los enfoques más recientes sobre el mercado de trabajo en nuestro país, han estado dirigidos en gran parte a las MYPE, debido a su vinculación directa con el empleo y los ingresos de la población. No en vano la MYPE explica por sí sola más del 60% de la fuerza laboral asalariada del país.

A ello hay que agregar que las MYPE desarrollan sus actividades dentro del sector informal, generando empleos de bajos ingresos y escasa productividad, factores que limitan sus posibilidades de crecimiento, habida cuenta que al operar en esas condiciones, difícilmente acceden al crédito para capital de trabajo o de riesgo para sus emprendimientos.

De ahí que los niveles de protección socio-laboral y de seguridad social sean reducidos. Este fenómeno claramente pone en cuestión la eficacia de los sistemas de protección social del Estado, que solo cubre adecuadamente a un núcleo cerrado de trabajadores de medianas y grandes empresas.

Se ha señalado que el factor clave para alcanzar el crecimiento económico es la mejora sustancial de los niveles de empleo y de ingresos de este segmento, mayoritario en nuestro mercado laboral.

Para el Banco Mundial, la informalidad es causada por las rigideces en el mercado laboral: primero, los excesivos costos derivados de la normativa laboral y sindical; segundo, los elevados impuestos o contribuciones, que originan fenómenos de elusión fiscal, debido a que los beneficiarios estiman que no corresponden a sus expectativas para mantenerse formales; y tercero, las políticas de intervención

(57) Ejecutoria del TC del 21 de noviembre de 2007, Fundamento 81.

estatal en el mercado laboral, que impiden mejorar la productividad, por ejemplo, las restricciones excesivas para reasignar o suprimir puestos de trabajo⁽⁵⁸⁾.

Estas prácticas originan ineficiencias que generan costos de transacción adicionales para los empresarios y trabajadores del sector informal, que se ven obligados a simular modalidades contractuales, como los contratos de locación de servicios, o reclutando trabajadores “sin contrato”.

Una válvula de escape ha sido la normativa de MYPE, debido a que la mediana y gran empresa –a juzgar por la evidencia disponible– viene cumpliendo las regulaciones laborales. Su alta productividad les permite absorber estos costos dentro del precio del producto o servicio que ofrecen en el mercado.

Otra alternativa es la utilización indebida de los contratos temporales para cubrir necesidades de carácter permanente, ligadas a la actividad principal de la empresa, buscando neutralizar el efecto de la estabilidad laboral, sustituyendo trabajadores fijos por eventuales. Sin embargo, la mayor parte de pequeñas unidades productivas simple y llanamente ha optado por operar en la informalidad:

“La legislación laboral peruana brinda altos niveles de protección del empleo y del trabajador en el papel: ofrece buenas condiciones de empleo y acceso a la seguridad social, y protege el empleo y las relaciones laborales. Botero y otros comparan las legislaciones laborales de 85 países centrándose en tres dimensiones diferentes: regulación del empleo (formas contractuales disponibles, condiciones de empleo y costos por despido); ii) regulación de las relaciones laborales (convenio laboral, participación de los trabajadores en la administración, mecanismos de resolución de conflictos; y, iii) regulación de la seguridad social (acceso a pensiones, seguro médico y seguro de desempleo) (...)”⁽⁵⁹⁾.

Estas tendencias en el comportamiento del mercado laboral peruano y de Lima Metropolitana, se ven reflejadas en la evidencia estadística disponible, ahondando la inequidad existente entre el mercado formal e informal de trabajo.

Ello lo podemos apreciar de un análisis comparativo de las remuneraciones percibidas por la fuerza laboral de nuestro país, desagregada por segmento del mercado de trabajo.

A nivel nacional, como grafica el Cuadro N° 3, los ingresos promedio mensuales que se abonan en las microempresas y pequeñas empresas a nivel nacional para el año 2009, que son respectivamente 812 y 1,222 nuevos soles, para el año 2009, son sustancialmente inferiores a los 1,948 nuevos soles que se abonan en las empresas de más de 50 trabajadores, y a los 1,584 nuevos soles que perciben los ocupados en el sector público como ingreso promedio mensual.

(58) Banco Mundial, Informalidad: Escape y Exclusión. Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Resumen Ejecutivo. Washington D.C. 2007, p. 17.

(59) Banco Mundial, Oportunidades para todos: Por un Perú menos pobre y más incluyente, Lima, 2006, p. 140.

CUADRO N° 3

Perú: Distribución del ingreso promedio mensual de la PEA Ocupada según estructura de mercado
2004-2009
(Nuevos Soles)

Estructura del Mercado	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Total	661	666	705	780	851	910
Sector Público	1,172	1,197	1,308	1,427	1,505	1,584
Sector Privado 2/	876	881	927	1,035	1,113	1,193
De 2 a 9 trabajadores	584	609	615	728	815	812
De 10 a 49 trabajadores	877	848	934	1,053	1,049	1,222
De 50 a más trabajadores	1,629	1,557	1,617	1,727	1,808	1,948
Independiente	392	396	396	425	501	526
Resto 3/	376	385	434	429	437	482

Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continúa 2004-2009.

Elaboración: MTPE – Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL).

Notas: Bases de datos INEI, 2004-2008, actualizadas al 27 de mayo del 2009. Ingreso monetario deflactado con el IPC general promedio del año en estudio. Para el cálculo de los ingresos se excluye a los trabajadores familiares no remunerados.

1/ Cifras Preliminares.

2/ Se incluye a los empleadores.

3/ Incluye trabajadores del hogar, practicantes y otros.

Sin embargo, si se analiza la estadística disponible para Lima Metropolitana en el año 2008, (Cuadro N° 4), encontraremos que la inequidad salarial se acentúa para el caso de los trabajadores en las unidades microfamiliares, **en las que el ingreso promedio equivale a 463 nuevos soles –por debajo de la RMV de S/. 550.00–**, siendo que en las unidades microsalariales asciende a 1,036 nuevos soles –más del doble–, notoriamente inferiores a los ingresos de 1,375 y 2,177 nuevos soles abonados al nivel de las medianas y grandes empresas, respectivamente.

CUADRO N° 4

Lima Metropolitana: Distribución de la PEA
Ocupada por tamaño de empresa y niveles de ingreso
(2008)

Segmento	Promedio de Remuneraciones		Masa Salarial	
	Ocupado	Nuevos Soles	Millones de Nuevos Soles	%
Sector Público	302,658	1,812	548	10,8
Microfamiliar, 2-9	219,176	463	102	2,0
Microsalarial, 2-9	868,493	1,036	899	17,6
Pequeña empresa, 10-49	528,313	1,375	727	14,3

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Mediana y grande, 50 y más	826,045	2,177	1,798	35,3
Indep. Prof. y técnico	119,458	1,252	150	2,9
Indep. no calificado	943,875	772	729	14,3
Trab. Hogar. Practicante	221,923	658	146	2,9
Total	4,029,941	1,265	5,099	100,0

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares 2008.

Elaboración: Jorge Bernedo.

Por otra parte, a nivel de la PEA Asalariada de Lima Metropolitana, si se analiza los desagregados de modalidades contractuales empleadas por el sector formal e informal, llama la atención **el alto porcentaje de trabajadores “sin contrato”, que para el sector formal equivale al 27.8%, que en el sector informal se eleva a 87.6% para el año 2008, habiéndose incrementado en dos puntos porcentuales desde el 2006, como se puede apreciar en los dos siguientes cuadros:**

CUADRO N° 5

Lima Metropolitana: PEA Asalariada Privada, según sector formal e informal y tipo de contrato 2006-2008 (En porcentajes)

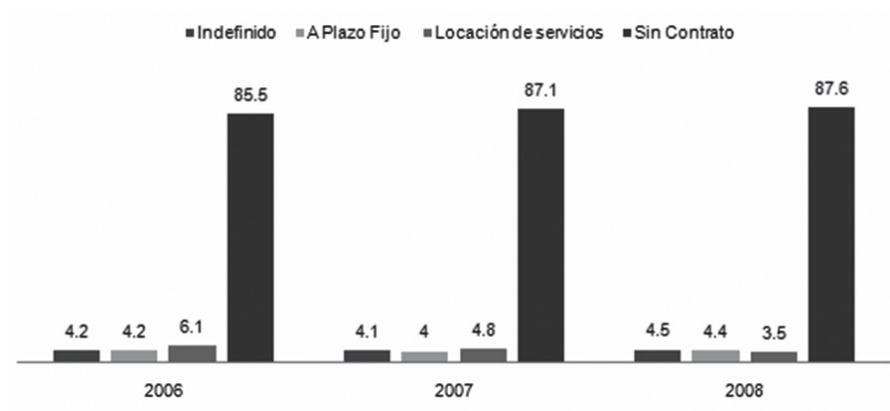
Sector y Tipo de Contrato	2006	2007	2008
Total	1 712 783	1 751 600	2 013 111
Sector Formal			
Trabajo absoluto	1 105 413	1 147 023	1 341 501
Trabajo relativo	100	100	100
Indefinido	29,7	27,3	27,8
A plazo fijo	28,1	29,9	34,5
Locación de Servicios	11,1	13,6	9,3
Otros	0,7	0,5	0,6
Sin Contrato	30,5	28,7	27,8
Sector Informal			
Trabajo absoluto	607 370	604 578	671 610
Trabajo relativo	100	100	100
Indefinido	4,2	4,1	4,5
A plazo fijo	4,2	4,0	4,4
Locación de Servicios	6,1	4,9	3,5
Sin Contrato	85,6	87,1	87,6

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares 2008.

CUADRO N° 6

Lima Metropolitana: PEA Asalariada Privada, según sector informal y tipo de contrato
2006-2008

(En porcentajes)



Por contraste, el porcentaje de asalariados contratados a tiempo indefinido en el sector formal para el año 2008 apenas ascendía al 27.8 %, mientras los asalariados a plazo fijo llegaban a 34.5%, y los contratados por locación al 9.3%, que serían las modalidades de elusión más recurrentes en el sector formal para evitar los costos del despido y el pago de beneficios sociales.

Otro indicador preocupante es el aspecto referido a la protección social, también abordado en el estudio del Banco Mundial⁽⁶⁰⁾, que para el caso de Lima Metropolitana en el año 2008 apenas cubre al 58.1 y 63.1% de la PEA Ocupada en salud y pensiones, respectivamente, en el sector formal⁽⁶¹⁾.

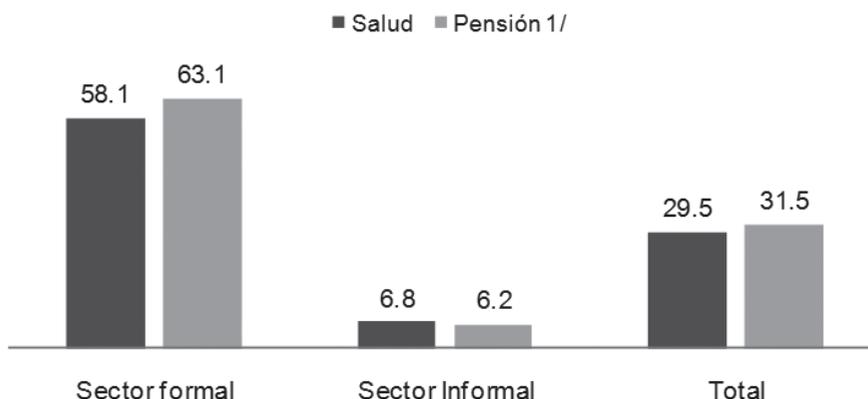
La cobertura en el sector informal apenas llega al 6.8. y 6.2% en salud y pensiones, respectivamente, para el mismo periodo, arrojando en conjunto un promedio de cobertura del 29.5 y 31.5% en salud y pensiones al nivel de la PEA Ocupada de Lima Metropolitana; es decir, ni siquiera llega a un tercio de la fuerza laboral (Cuadro N° 7).

(60) Para el Banco Mundial constituye sinónimo de protección social el acceso a algún sistema de salud y de pensiones. En: Exposición de Motivos Ley MYPE, p. 1.

(61) Ver Cuadro N° 6.

CUADRO N° 7

Lima Metropolitana:
 Protección social de la PEA Ocupada según sector
 2008
 (En porcentajes)



Fuente: MTPE - Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2008.

Elaboración: MTPE - Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL).

Nota: El sector formal comprende al sector público, empresas privadas de 10 a 49 trabajadores, empresas privadas de 50 y más trabajadores y los independientes profesionales y el sector informal comprende a las empresas de 2 a 9 trabajadores, al independiente no profesional, al trabajador familiar no remunerado y al resto.

1/ Excluye a los que no especificaron el sistema de pensiones al que están afiliados.

Como queda demostrado, el entorno en que se desenvuelven las MYPE, evidencia altos niveles de desprotección en el acceso a los beneficios y derechos contemplados por la legislación laboral, bajos ingresos y casi nula protección social, en lo referente a prestaciones de la seguridad social (salud y pensiones).

De ahí que en la Exposición de Motivos de la Ley MYPE, se concluye que:

“(…) la existencia del alto grado de informalidad de la economía peruana, con el consecuente impacto sobre el crecimiento económico potencial y la desprotección de importantes sedimentos de la población de los beneficios de la cobertura de seguridad social en salud y pensiones, no revertirá si no se alteran las condiciones que dan origen a este fenómeno, las cuales están relacionadas con los altos costos que tienen que enfrentar las empresas para poder acceder a la formalidad, principalmente la alta rigidez laboral y de costos laborales no salariales (...)”⁽⁶²⁾

(62) Exposición de Motivos, Ley MYPE, p. 12.

Siguiendo el razonamiento del TC, en el caso de las PYME también se justificaría una regulación especial atendiendo a las características particulares en que se desenvuelve el mercado de trabajo informal, que propicia clamorosas inequidades en los niveles de empleo, de protección social, y de ingresos, respecto a los estándares que ostentan las empresas grandes y medianas del sector moderno.

Concluiremos nuestra ponencia con algunas reflexiones críticas en torno a la línea jurisprudencial que se viene perfilando en la jurisprudencia laboral y constitucional, cuyo origen son las demandas que vienen siendo presentadas por ex locadores de servicios (SNP), cuyos contratos fueron sustituidos por CAS al crearse el citado régimen legal.

Hemos optado por circunscribirnos a esta coyuntura especial, presentada casi a los dos años de la vigencia de la normativa sobre CAS, dado que hemos podido advertir que en las sentencias emitidas por el Poder Judicial se están soslayando importantes elementos de juicio. Incluso, uno de ellos contenido en el texto constitucional bajo la forma de prohibición absoluta, cuya aplicación podría originar la invalidez de estas sentencias.

VI. EL CASO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO: ¿RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL Y PRIVATIVO DEL ESTADO O INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN LABORAL COMÚN⁽⁶³⁾?

1. Antecedentes

Como primer hito de nuestro análisis, podemos señalar que el antecedente inmediato del CAS fue el <contrato de servicios no personales> (SNP), que despertó el interés de los estudiosos del régimen laboral público desde la difusión de las conclusiones del Informe de la Comisión Multisectorial creada por D.S. N° 004-2001-TR, durante el Gobierno del Presidente Paniagua (“Informe de la Comisión”).

Una de las conclusiones más saltantes fue la extensión de esta modalidad contractual en el Sector Público, a la que se adjudicó el dudoso privilegio de no corresponder “a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues, hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de

(63) **Nota del autor:** Esta parte de la ponencia fue redactada antes de la publicación de la Sentencia del TC de fecha 31 de agosto de 2010, Exp. N° 00002-2010-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057 interpuesto por más de 5,000 ciudadanos, publicada en la p. web del TC el día 16 de setiembre de 2010, que declara en su Fundamento 47 que a partir de su publicación toda actividad interpretativa en relación al artículo 1 del citado Decreto Legislativo deberá entender que el CAS constituye propiamente un régimen <especial> de contratación laboral para el sector público, compatible con el marco constitucional vigente, zanjando cualquier controversia al respecto.

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica” (64).

Como tenemos dicho⁽⁶⁵⁾, ello propició que la jurisprudencia llenara este vacío aplicando los principios del Derecho del Trabajo, en especial el de *primacía de la realidad*, toda vez que las prestaciones de servicios se efectuaban bajo el amparo formal de contratos de locación de servicios, y al encontrarse presentes los “rasgos sintomáticos” del contrato de trabajo, los jueces no tenían otra opción que aplicar la presunción de laboralidad recogida en el artículo 4 de la LPCL⁽⁶⁶⁾.

Otra vía para la “laboralización” de los contratos de servicios no personales, fue la aplicación del principio de continuidad en los casos que se verificaba que la prestación de servicios del SNP excedía los límites razonables de temporalidad, a través de la utilización desmedida de “contratos en cadena”, siempre y cuando el supuesto no estuviera contemplado en las excepciones previstas en la Ley⁽⁶⁷⁾.

El efecto combinado de estos dos principios del Derecho del Trabajo, fue la herramienta más frecuente para que los jueces ampararan dichas pretensiones, que en su mayoría, versaban sobre reconocimiento de derechos y beneficios de naturaleza laboral, así como de reposición en el trabajo, en sede constitucional.

Ello generó situaciones conflictivas en varias entidades públicas, cuando los jueces ordenaban la reposición del locador “regularizando su situación laboral por un contrato de trabajo”, cuando la entidad o la categoría que desempeñaba el servidor correspondía a un régimen legal distinto, como ocurría en el caso de locadores que realizaban tareas administrativas en la dependencia de origen⁽⁶⁸⁾.

Esto sucedió, por ejemplo, en el caso de las municipalidades; por mandato expreso de la Ley, los empleados administrativos estaban comprendidos dentro de los alcances del régimen legal del Decreto Legislativo N° 276⁽⁶⁹⁾, mientras que los obreros dentro del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728.

(64) Al respecto, vid. Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central creada mediante D.S. N° 004-2001-TR durante el Gobierno de Transición, p. 21 y ss.

(65) MORALES, Carlos Guillermo. “Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional sobre los Contratos de Servicios No Personales”. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura, Lima, 2004, p. 237 y ss.

(66) “**Artículo 4.-** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”.

(67) Las excepciones previstas en el artículo 2 de la ley N° 24041, son: a) Trabajos para obra determinada, b) Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada, c) Labores eventuales o accidentales de corta duración, y, d) Funciones políticas o de confianza.

(68) Morales, Ob. cit., p. 251.

(69) Ver artículo 52 de la Ley N° 23853.

Naturalmente, las dificultades que implicaba la ejecución del mandato bajo el régimen legal citado (plaza vacante, disponibilidad presupuestaria, resolución de nombramiento, etc.), hicieron el resto: la reposición terminaba ejecutándose con la inscripción en planilla del régimen laboral privado, y a su cese en la entidad, el trabajador solicitaba en la vía laboral el pago de los beneficios devengados en todo ese periodo de servicios.

2. La “nueva” jurisprudencia laboral y constitucional sobre los CAS

A nuestro modo de ver, la posición jurídica señalada, tenía asidero en tanto era posible aplicar los principios de continuidad y primacía de la realidad respecto de contratos de locación que no correspondían a la realidad laboral que ocultaban o disimulaban, y, claro está, cuando no existía regulación expresa y específica que definiera los alcances de los contratos de <servicios no personales>.

Sin embargo, esta situación se modificó con la entrada en vigencia de la normativa del contrato administrativo de servicios (CAS) dentro del Sector Público, cuya regulación mediante Decreto Legislativo N° 1075 (“la Ley”), y reglamentación vía el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (“el Reglamento”) han marcado un segundo hito en este debate, dado que al margen de los reparos que puedan generar ciertos aspectos del CAS, **lo cierto y lo concreto es que configura un régimen legal expreso y su tratamiento debiera ser acorde a ello.**

2.a. Primera observación: ¿Aplicación irrestricta de los principios del derecho del trabajo?

La jurisprudencia de las Salas Laborales y Civiles en diversas sedes de Corte Superior, ha optado por apoyarse en los fundamentos antes reseñados, y no han reparado que estos no son oponibles a un régimen legal expreso, aplicando en forma indebida los principios del Derecho del Trabajo, como evidencian las siguientes sentencias recaídas en procesos constitucionales:

“DÉCIMO: Que, no obstante lo expuesto, cabe precisar que al analizar los contratos de prestación de servicios, el contrato administrativo de servicios y demás documentación (...) se constituye(n) en pruebas indiciarias suficientes y pertinentes para acreditar el vínculo laboral entre la demandante y la entidad demandada, **por cuanto en aplicación del principio de primacía de la realidad** (...) se puede colegir que la prestación del servicio si fue personal, remunerado, y bajo dependencia y subordinación, toda vez que el empleador estableció el lugar y horario de trabajo, las funciones a realizar por la demandante (...); en consecuencia, queda acreditado de manera fehaciente **la desnaturalización del vínculo laboral por fraude a la ley conforme a lo prescrito en el acápite d) del artículo 77 del T.U.O. de la LPCL (...)**”⁽⁷⁰⁾.

(70) Ejecutoria del 21 de julio de 2009, Exp. N° 1703-2008, en el Proceso de Amparo seguido por María Isidoro Chalán Saucedo contra el INC de Cajamarca.

“**CUARTO:** Que, esta aparente y contradictoria decisión del legislador de conceder y reconocer derechos que tiene como fuente exclusiva y excluyente del contrato de trabajo, **se ve explicada por su inconsistente decisión de buscar formalmente descartar su configuración** a pesar de la presencia innegable de los elementos que sirvan para ratificar su existencia lo cual contradice la naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de 1993 (...)”⁽⁷¹⁾

“**QUINTO:** Que, efectivamente es la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado **la que impone como elemento decisivo al momento de calificar la real naturaleza de una relación de servicios al Principio de Primacía de la Realidad o Veracidad** que delimita que el Juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero (...)”⁽⁷²⁾.

A nuestro juicio, se está desbordando los alcances del principio de primacía de la realidad, dado que su alcance aplicativo procede cuando el empleador, utilizando un velo contractual pretendidamente autónomo, busca encubrir una prestación de naturaleza subordinada, produciéndose aquello que PLÁ caracterizó como “discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos”⁽⁷³⁾, debiendo darse preferencia a lo sucedido en el terreno fáctico.

En el caso bajo análisis, es la propia Ley la que excluye al CAS del ámbito de la normatividad laboral privada y pública, al fijarle un régimen especial, como se puede observar de los artículos 3 de la Ley, y 1 de su Reglamento, que lo definen como *modalidad contractual especial propia del derecho administrativo y privada del Estado*, lo cual, aunado a lo señalado en el artículo 1 de la Ley, no deja duda alguna sobre su naturaleza de régimen legal especial.

A ello habría que agregar lo señalado por el artículo 2 de la Ley, que excluyó expresamente al CAS del ámbito del Decreto Legislativo N° 276, que regula el régimen de la carrera pública, y del Decreto Legislativo N° 728, que norma el régimen laboral de la actividad privada.

Se trata, pues de un régimen legal especial sujeto a su propia normativa, configurado por normas de derecho público, cuyo principal efecto es que confiere a las partes únicamente los beneficios y obligaciones que establece su marco legal y reglamentario; fuera de ello, no es posible conferir derechos ni exigir el cumplimiento de obligaciones a cargo del CAS.

(71) Ejecutoria de fecha 24 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba, Corte Superior de Justicia de San Martín, Exp. N° 0097-2009, Proceso de Amparo promovido por Florinda Guerrero Mendoza contra la Municipalidad Provincial de Rioja.

(72) Ejecutoria de la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba citada.

(73) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

Por lo tanto, con ello queda demostrado que este criterio jurisprudencial no tendría suficiente asidero jurídico⁽⁷⁴⁾, debiendo ser revisados los fundamentos jurídicos de estos extremos de las sentencias analizadas.

2.b. Segunda observación: ¿Es posible adscribir una prestación de servicios personales al ámbito administrativo y no al laboral?

En segundo lugar, la jurisprudencia materia de análisis, parte de una premisa errónea, como ha anotado PASCO⁽⁷⁵⁾, en el sentido que parte esencial de este raciocinio, asume que la intención del legislador fue regular esta modalidad contractual de prestación de servicios como prestación no subordinada, a fin de sustraerla del ámbito laboral, y lo cierto es que es una prestación subordinada, pero adscrita a normas de Derecho Público.

En esa línea de análisis, podemos citar las siguientes Ejecutorias, derivadas de Salas Laborales de Corte Superior:

“OCTAVO: Que, el Pleno Jurisdiccional realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000, con respecto al principio de primacía de la realidad ha establecido que: <si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de locación 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 corresponda> (...)

DECIMO: Que, en cuanto a los contratos de administración de servicios (sic.) (CAS) suscritos entre las partes (...) debemos precisar que el juez de la causa venida en grado, ha optado por aplicar control difuso respecto de la

(74) Neves coincide con esta posición. Ver: Laborem, Ob. cit., p. 91: “A diferencia de los contratos de servicios no personales, que eran desechados por los jueces en virtud del principio de primacía de la realidad porque había un vínculo aparente -administrativo- y otro oculto -laboral-; en los contratos administrativos de servicios no hay encubrimiento, sino, que es la propia ley la que los excluye del ordenamiento laboral. O diríamos, en todo caso, que el disfraz no lo generan las partes sino que viene de la ley. **No cabe, por lo tanto, la actuación del principio de primacía de la realidad**”. Para el citado autor, corresponderá al juez descorrer el velo y confrontarlo con la Constitución”, tesis que expondremos seguidamente. En contra de nuestra posición, ver: Cavalié, Paul, Díaz, Juan Carlos, La protección judicial del trabajador contratado bajo el régimen del CAS a partir de la normativa de los principios y derechos constitucionales laborales, en: Diálogo con la jurisprudencia N° 141, Junio 2010, Año 15, p. 260 y siguientes.

(75) PASCO, Mario. “Consideraciones acerca del contrato administrativo de servicios” En: *Laborem* N° 9, 2009, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2010, p. 113 y siguientes. También, Réplica, Ob. cit., p. 131, señala el citado autor con énfasis: “Nada de lo dicho puede llevar a pensar, sin embargo, que pretendamos que las relaciones recogidas por el CAS no sean laborales. ¡Claro que lo son! Pero regidas por el Derecho Administrativo, no por la legislación laboral, como sucede también sin escándalo para nadie, con los diplomáticos, los magistrados judiciales y fiscales, los maestros, médicos y enfermeras y con toda la inmensa población de servidores públicos comprendidos en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto Legislativo N° 276 (...)”.

aplicación del Decreto Legislativo N° 1075 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (...)”⁽⁷⁶⁾.

En similar línea de análisis, se ubica otra Ejecutoria, que además de aplicar el acotado principio de primacía de la realidad, recurre al régimen laboral de la actividad privada como referente de comparación con el CAS, sin sustento jurídico alguno:

“9. En relación al periodo que, según la demandada, la actora laboró bajo contratos administrativos de servicios (...) se debe tener en cuenta el desarrollo de los hechos. Para esto se debe hacer referencia que se ha llegado a conclusión líneas arriba **que durante el periodo que la actora ha laborado bajo el contrato de locación de servicios se ha establecido que es uno de naturaleza laboral** y por lo tanto con los derechos que la ley le franquea a la actora, y que posteriormente a este periodo la demandada ha suscrito con la actora un CAS (...)”

17. La situación jurídica que funcionará en este caso **como término de comparación está constituida por las normas que regulan el régimen laboral de la actividad privada** pues los trabajadores de la entidad demandada para el que prestó servicios el actor se encuentra bajo el régimen laboral de la actividad privada (...)”⁽⁷⁷⁾.

Como puede apreciarse, estas ejecutorias, utilizando medios distintos, llegan al mismo fin: una de ellas se apoya en el Acuerdo de Pleno Jurisdiccional del año 2000, que aplica a los supuestos de fraude o simulación, mediante el uso fraudulento de contratos civiles o mercantiles; supuesto claramente distinto al de un contrato administrativo, y -por cierto- de un contrato que emana de un régimen especial de contratación regulado por Ley, que no ha sido declarado inconstitucional.

La segunda, si bien incorpora el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, incurre también en error de derecho, al señalar que **el tertium comparationis en el caso de los CAS debiera ser el régimen laboral de la actividad privada, al haber quedado “acreditado” el carácter laboral de su prestación**⁽⁷⁸⁾.

La Sala confunde el régimen legal al que está adscrito un servidor público, con el régimen que debe servir de parámetro de comparación, a fin de determinar si procedería la aplicación del control difuso por presunta vulneración del *princi-*

(76) Ejecutoria de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, de fecha 6 de abril de 2010, Exp. N° 6508-2009 IDA (A y S), en los seguidos por Juan Isaac Zavala Chaupin contra el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural sobre beneficios sociales e indemnización por despido.

(77) Ejecutoria de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, del 11 de junio de 2010, Exp. N° 719-2010-BE (S), en los seguidos por Nelly Crispín de Prado contra Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social sobre pago de beneficios económicos.

(78) La actora prestaba servicios como “Asistente Técnica de Limpieza”, Fundamento 6 de la Sentencia de la Primera Sala laboral, Exp. N° 719-2010-BE (S).

pio-derecho de igualdad, en términos similares a lo señalado por el TC en el Exp. N° 00027-2006-PI.

Para PASCO, el régimen con el que debería establecerse la comparación no debiera ser el régimen laboral de la actividad privada, sino en todo caso, el régimen laboral público: “el referente, el elemento de comparación, no es el trabajador privado, sino el servidor público, regido por el Decreto Legislativo N° 276⁽⁷⁹⁾, que comparten la misma naturaleza jurídica.

A ello hay que agregar que un servidor público puede estar indistintamente en el régimen laboral público como privado, dado que su vínculo con el Estado puede darse contractual o estatutariamente. Es más, para cierto sector de la doctrina, siempre es de naturaleza contractual, se trate de un servidor público o no.

Como señala DROMI, la naturaleza jurídica del vínculo que une a un trabajador con la Administración Pública, es de naturaleza contractual, no obstante que su regulación comprende también normas estatutarias:

“La naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es decir, de la relación entre la organización administrativa (órgano-institución) y el sujeto particular (órgano-individuo) **es de carácter contractual (...)**

Para nosotros se trata de una relación contractual, de derecho público, que guarda analogía, en cuanto al objeto, **con el contrato de trabajo y con la locación de servicios y que difiere de ellos, por el régimen jurídico específico en razón de ser el Estado el contratante y en razón de los fines del servicio contratado.**

El hecho que los empleados públicos, en algunos casos, **queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público**, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (Administración y administrado) de mutuo consentimiento⁽⁸⁰⁾.

Un ejemplo de ello son los gobiernos locales, que a partir de la Ley N° 23583, adscribía al personal administrativo al régimen legal del Decreto Legislativo N° 276 y al personal obrero al régimen del Decreto Legislativo N° 728⁽⁸¹⁾, con lo cual no obstante tener ambos la calidad de servidores públicos, estaban sujetos a regímenes legales diferentes, sin que se haya cuestionado esta diferenciación.

Lo cierto es que no existe fundamento jurídico alguno para adscribir un servidor público a un régimen legal predeterminado, ni mucho menos, al régimen laboral de la actividad privada, como se pretende en las referidas sentencias, que postulan

(79) PASCO, Laborem, Ob. cit., p. 120.

(80) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 429.

(81) MORALES. Ob. cit., p. 245, nota 289.

la ecuación: prestación de servicios subordinada = prestación regulada por el régimen laboral de la actividad privada, sin reparar que el régimen que sirve de parámetro de comparación tiene naturaleza jurídica estatutaria.

A nuestro juicio, la falla de origen en estos pronunciamientos es que los jueces han omitido tomar en cuenta un dato normativo e histórico fundamental: que nuestra Constitución dejó en claro que la regulación del trabajo subordinado estaba dividida en dos grandes ámbitos, el régimen laboral de la actividad privada, y el régimen aplicable a servidores y funcionarios públicos, como se pasa a demostrar.

2.c. Tercera Observación: ¿Es posible acumular prestaciones de servicios realizadas bajo regímenes legales diferenciados?

A nuestro juicio, este argumento ha sido soslayado en forma inexplicable en las sentencias analizadas, desconociendo que al margen de construcciones doctrinarias que expresan, antes bien, un <deber ser> que el <ser>, nuestra Constitución de 1993 trazó una clarísima línea de frontera entre el régimen laboral aplicable a la actividad privada, y el aplicable a servidores y funcionarios públicos.

El antecedente inmediato fue la Constitución de 1979, que reguló en el Capítulo V del Título I (“Derechos y deberes fundamentales de la persona”) lo relativo al régimen laboral común, mientras que en el Capítulo VI se ocupó de los derechos y deberes aplicables a los servidores y funcionarios públicos, bajo el rótulo inequívoco (“De la Función Pública”), que dejaba a las claras su intención de dispensar a cada tipo de trabajador una regulación distinta.

Además de ratificar este tratamiento diferenciado⁽⁸²⁾ que ponía de manifiesto la naturaleza jurídica distinta de cada uno de estos regímenes, respectivamente, la Constitución de 1993 introdujo una regulación específica, que si bien inicialmente estuvo orientada para fines pensionarios⁽⁸³⁾, en el curso del debate fue extendida para todos los efectos legales.

Nos referimos a lo señalado por la Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que señala con meridiana claridad:

“Tercera.- En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, **en ningún caso y por ningún concepto pue-**

(82) Al respecto, v. Mario Pasco, Perú, en: *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, 1998, p. 280: “La Constitución Política de 1993 marca un claro distingo al separar el trabajo y la función pública en artículos distintos y distantes. Esta diferenciación no se agota en lo formal sino que, para que no quepa duda de que los preceptos de unos y otros no son transferibles a los otros, duplica simétricamente en los artículos 28 y 42 lo relativo a la sindicación y huelga. Si, como alguien alguna vez ha sostenido, todo lo contenido en el tema laboral fuera extensible de modo natural y automático a los servidores del Estado, les sería aplicable también el artículo 28, y el artículo 42 sería superfluo por redundante (...)”

(83) Ver artículo 14 del Decreto Ley N° 20530, que regulaba la imposibilidad de acumular tiempo de servicios bajo el régimen laboral privado y público para efectos pensionarios.

den acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario”.

Dicha norma nos sugiere varias lecturas, que en todo caso, nos llevan directamente a cuestionar los criterios seguidos en las Ejecutorias analizadas, que han buscado inaplicar las normas del CAS, invocando su inconstitucionalidad, sobre la base de la aplicación de principios del derecho del trabajo, terminan incorporando a los CAS al régimen laboral de la actividad privada.

En forma esquemática, la norma constitucional citada precisa lo siguiente:

- a) Existen, y hasta que la Constitución disponga cosa distinta, regímenes diferenciados de trabajo **“entre la actividad privada y la pública”**; por lo tanto, no es sostenible argumentar que a pesar de estos rasgos de “privatización” de ciertos regímenes de trabajo a cargo del Estado, que el régimen laboral aplicable a trabajadores privados, así como servidores y funcionarios públicos, debe ser el régimen laboral común de la actividad privada.
- b) La norma constitucional señala **“regímenes diferenciados de trabajo”**, lo cual comprende no solo a los ordenamientos laborales de alcance general -régimen laboral de la actividad privada y régimen legal de la carrera pública- sino que también abarca a los regímenes especiales de trabajo, y con ello, al régimen legal del CAS, en tanto régimen especial y privativo del Estado.
- c) La prohibición constitucional comprende la imposibilidad de acumular servicios prestados bajo cualquiera de los regímenes diferenciados indicados, para todo efecto legal.
- d) Reafirma lo señalado, la utilización de los términos **“en ningún caso y bajo ningún concepto”**, que comprende cualquier situación en la cual pudiera darse la acumulación de servicios, para efectos laborales o pensionarios, o de cualquier otra naturaleza.
- e) La prohibición a nuestro juicio, es absoluta y categórica, dado que la norma constitucional sanciona con nulidad **“todo acto o resolución en contrario”**, lo cual cubre todo el espectro de actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales, susceptibles de ser dictados por cualquier autoridad o funcionario público.

Esta posición se ve confirmada con el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático, recaído en la reforma del Capítulo V Del Trabajo, y del Título I De la Función Pública de la Constitución de 1979 (“Dictamen de reforma”), que señaló lo siguiente:

“Tanto el artículo décimo como la Norma Transitoria del proyecto propuesto, plantean un tema fundamental, que caracteriza al derecho laboral moderno, cual es su carácter expansivo y dinámico. Opera una suerte de penetración del Derecho Laboral privado en la esfera pública. En tal virtud, el artículo

décimo antes citado, establece que las relaciones laborales dentro de las empresas del Estado se regularán por las normas del régimen laboral de la actividad privada. Ello no obstante, la norma transitoria propuesta, plantea la subsistencia de regímenes laborales diferenciados aplicables al ámbito de la actividad privada y pública, respectivamente. Esto con el objeto que hasta en tanto no se unifique el régimen laboral vigente, **no proceda la acumulación de tiempos de servicios prestados bajo ambos regímenes, por tratarse de relaciones de naturaleza jurídico-laboral distinta, siendo que la primera es de naturaleza contractual—presupone el acuerdo entre partes— y la segunda es de naturaleza estatutaria, por intervenir en ella el Estado como sujeto de una relación regulada predominantemente por normas de derecho público”.**

“Sostener lo contrario equivale poco más o menos a fracturar la columna vertebral del Derecho del Trabajo nacional, **propiciando el caos normativo y la inseguridad de los trabajadores de uno y otro régimen”.**

La pertinencia del argumento viene a colación, toda vez que al resolver las controversias sobre CAS, los jueces aplican en forma simultánea los principios de continuidad y de primacía de la realidad, **disponiendo la acumulación del tiempo de servicios precedente al del CAS⁽⁸⁴⁾**—que se asimila por ficción legal al régimen laboral privado— con el prestado bajo el régimen legal del CAS, **operación que como hemos analizado, resulta contraria a la norma constitucional bajo análisis.**

Por lo tanto, estimamos que las sentencias que se han expedido, y las que se expidan en igual sentido, **en esta materia no están arregladas a la Constitución ni al derecho, por infringir una prohibición constitucional, susceptible de sanción de nulidad**, con lo cual los pronunciamientos que se emitan estarán viciados de inconstitucionalidad en este extremo.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Al margen de las consideraciones que motivan estas reflexiones finales, el tema de fondo es que el debate en torno a la naturaleza de la relación de empleo público, no debe desligarse de la función que debe desempeñar el Estado en una economía social de mercado, la cual ha sido adecuadamente encuadrada por el Tribunal Constitucional para el caso de las MYPE y las empresas del sector agrario, en la perspectiva de promover la inclusión de un vasto segmento de la fuerza laboral que presta servicios en estos mercados de trabajo con especiales características, cumpliendo una función de “válvula de escape” social.

(84) Precisamente por lo señalado en la Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley que estableció: “Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento por contratos celebrados con arreglo a la presente norma”.

Siendo la reforma del Estado un punto pendiente en la agenda social consideramos necesario ponderar todos los aspectos implicados en la problemática de los CAS, atendiendo a que su inclusión en el aparato estatal debiera efectuarse en forma progresiva, y sobre todo, resguardando la estructura diferenciada de regímenes de trabajo que recoge la Constitución, lo cual no solo es una realidad jurídica e histórica, sino principalmente, fáctica y material con la que deberá convivir el Estado en el futuro.

CUADRO RESUMEN

**Perú: Composición de la PEA Ocupada y cobertura de la legislación laboral
(En porcentajes)**

	Empleo Total								Régimen Laboral
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Total Ocupados	100	100	100	100	100	100	100	100	
Asalariados Públicos	8.56	7.80	8.09	7.14	7.70	7.38	7.62	8.26	Ley Marco del Empleo Público
Asalariados Privados									
Micro	15.07	15.59	14.59	13.96	14.27	13.91	14.21	14.93	Ley MYPE
Pequeña	5.79	7.53	7.28	7.01	6.92	7.49	7.41	7.46	Régimen Laboral común
Mediana	1.18	1.53	1.67	1.43	1.49	1.75	1.86	1.78	
Grande	5.28	4.84	5.48	5.03	5.07	5.58	6.17	6.23	
No asalariados									
Patrones	5.68	5.05	5.19	5.35	5.40	5.65	5.51	5.81	No
Independientes	38.56	37.80	36.53	36.97	35.97	36.33	35.27	36.21	No
Trabajo familiar no remunerado	16.45	16.04	17.49	19.18	19.30	18.08	17.93	15.47	Régimen de Trabajadoras
Trabajadores del hogar	3.07	3.55	3.44	3.59	3.52	3.46	3.66	3.50	del Hogar
Otro	0.36	0.27	0.21	0.32	0.35	0.36	0.34	0.35	

Fuente: INEI (2001-2007). ENAHO – IV. Trimestre. Lima: INEI

Elaborado y actualizado en base a: Chacaltana, Juan. Empleo y regulación laboral en el Perú en Economía y Sociedad. Marzo 2005, N° 55 y Crecimiento y Empleo: Elementos de Propuesta y Debate. Documento de Política. Julio Gamero. CIES, 2005.

REGÍMENES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

Edgardo Balbín Torres^()*

INTRODUCCIÓN

Dos rasgos que resaltan a primera vista de la legislación laboral peruana son su “dispersión” y “diversificación”. El primer rasgo, advertido por cuanto analista se aproxima a nuestro panorama legislativo, alude al hecho que la regulación del trabajo subordinado no reside centralmente en un único cuerpo normativo –a manera de un código de trabajo o una ley general– sino en múltiples dispositivos que, además de no resultar del procedimiento legislativo regular en sus componentes más relevantes⁽¹⁾, presentan innegables problemas de coherencia. Aunque algunas experiencias comparadas demuestran que la dispersión no necesariamente deriva en regulaciones poco coherentes, llevada al extremo sí constituye un rasgo que obstaculiza la aproximación de los operadores al derecho que los rige, además de dificultar una visión y revisión integrada y armónica de la protección laboral. Una suma desagregada e inorgánica de leyes y reglamentos administrativos –en el que además con frecuencia los reglamentos desbordan a las leyes– no es solo un tema de

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

(1) La Ley, resultado del procedimiento parlamentario regular, no es el recipiente común de nuestras disposiciones laborales. La regulación del trabajo por Decretos Leyes y Decretos Legislativos es un lugar común entre nosotros. De hecho, los referentes legislativos más relevantes en materia individual y colectiva y hasta el paquete de derechos económicos residen en decretos leyes y decretos legislativos. Lo mismo ocurre en el empleo público, en el que las normas centrales de la legislación en materia individual están dadas por Decreto Legislativo y la legislación en materia de relaciones colectivas por Decreto Supremo. Esta situación evidencia el trasfondo unilateral de la legislación.

“forma”, es también un tema de incidencia directa en los niveles óptimos de protección laboral a los que aspira el Derecho del Trabajo.

Aunque la relevancia de la dispersión normativa es evidente, el tema que me encomiendan demanda atender más bien a la “diversificación” como rasgo de la legislación laboral peruana, entendida esta como la “proliferación desmedida de regulaciones específicas”⁽²⁾. Al igual que la dispersión, en ciertos casos la diversificación puede no ser un signo de anomalía y, por el contrario, puede resultar una imposición del principio de igualdad (trato diferente a los diferentes); pero llevada a extremos genera Incertidumbre y desorganización en el ordenamiento laboral, además de plantear severas dudas respecto de su concordancia con el mencionado principio: la ley igualitaria debe ser general, esto es, “debe tipificar en términos impersonales y universales”, y la ley igualitaria debe equiparar o, dicho de otro modo, debe dar un trato igual de situaciones diferentes, siempre “se estime que las diferencias deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa”⁽³⁾. La presencia de multiplicidad de regulaciones específicas alerta sobre el uso de criterios irrelevantes de diferenciación o la posible presencia de privilegios o subclases. Justamente, el objeto de este trabajo es aportar algunos criterios para la ordenación de la diversificación normativa en materia laboral y la definición de criterios de identificación y evaluación de los regímenes especiales de trabajo.

1. Diversificación en la legislación nacional.-

En nuestro medio, la diversificación normativa es extrema y, dada su relación con los regímenes laborales especiales, intentaré en este apartado aportar algunos criterios de ordenación para luego, en el apartado siguiente, proceder a su valoración.

Habría que reiterar, en primer lugar, que la diversificación legislativa de la que hablo refiere a la multiplicidad de regulaciones del trabajo subordinado, centro de imputación de la protección laboral. Aunque en la legislación comparada se aprecia una tendencia a la extensión parcial de la protección laboral al trabajo autónomo y una doctrina muy autorizada habla más bien del derecho del trabajo “sin adjetivos”, en nuestro medio no se vislumbra la extensión de la protección laboral extramuros del trabajo subordinado. Además, solo el trabajo subordinado ha dado lugar a una prolífica legislación que merece una revisión.

De otro lado, la diversificación legislativa gira en torno a un centro de gravedad, definido en función de una forma concreta de trabajo subordinado denominada “trabajo típico”. En las décadas recientes las nuevas formas de organización de la producción facilitadas por las nuevas tecnologías y la revolución de los transportes, ha hecho más notorio que el trabajo que dio lugar a la protección laboral es

(2) Ojeda Avilés, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. Laborem N° 8, SPDTSS, Lima, 2008, p. 31

(3) PÉREZ LUÑO, Antonio. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dyckinson, 2005, p. 22 y ss.

únicamente un tipo de trabajo históricamente predominante, pero que son posibles –y cada vez más frecuentes– formas diferentes de trabajo subordinado de las cuáles derivarían –esto lo precisaremos más adelante– regulaciones diferenciadas. El trabajo típico respecto del cual se define la diversificación legislativa es, entre otras características, el trabajo a plazo indefinido y prestado con exclusividad para una empresa, en el que el empleador define el lugar, el tiempo y la forma de realizar el trabajo y realiza supervisión presencial del cumplimiento de sus órdenes. A este tipo de trabajo corresponde una “protección estándar” que podría variar dependiendo de las particularidades de estas formas atípicas de trabajo o de ciertas razones que realicen valores de relevancia. Naturalmente, en esta construcción preliminar falta definir aún qué particularidades o qué valores son realmente relevantes al punto de justificar un trato legislativo diferenciado; pero esto lo trataremos más adelante.

1.1. Diversificación y exclusiones.

Dentro del ámbito del trabajo subordinado una primera constatación es la existencia de relaciones excluidas, esto es, auténticas prestaciones personales de servicios retribuidas y subordinadas que en virtud de la voluntad de legislador quedan fuera del ámbito del Derecho del Trabajo. Nos referimos a las “Modalidades Formativas” reguladas por Ley N° 28518 y al denominado régimen de “Contratación Administrativa de Servicios” en el Estado, regido por el Decreto Legislativo N° 1057. En ambos casos, la exclusión refiere a razones de diverso calibre. En el primer caso, la finalidad predominantemente formativa de la relación jurídica justificaría la exclusión⁽⁴⁾, lo cual, como indica Arce, no deja de generar severas dudas dado que la innegable concurrencia de una finalidad productiva –aún cuando no sea predominante– aconsejaría, más bien, la creación de un contrato laboral especial y no de una relación excluida⁽⁵⁾.

En el segundo caso, las razones no son explícitas en la propia norma, aunque pueden deducirse de los antecedentes de la norma o de la contestación aportada en el proceso de inconstitucionalidad que se sigue contra ella. Ya en el 2001, la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central⁽⁶⁾, advertía sobre la necesidad de “ratificar” la validez de los contratos de servicios no personales cuyo régimen no podría ser otro que el del Derechos Administrativo dada la especial naturaleza del Estado. De otro lado, la contestación ofrecida por el Estado peruano en la acción de inconstitucionalidad planteada en contra de este dispositivo afirma el carácter “transitorio” del régimen

(4) El artículo 1 de la Ley señala que “las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico mediante el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional”. El artículo 3 agrega que “las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene”

(5) ARCE ORTÍZ, Elmer. *Derecho Individual de Trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2008, p. 246.

(6) Comisión creada por D.S. N° 004-2001-TR.

con objetivo de regularización de situaciones anómalas, todo ello en el marco del proceso de modernización del Estado⁽⁷⁾.

En suma, por un lado, el argumento de la naturaleza pública del empleador como factor de inclusión de la relación jurídica dentro del Derecho Administrativo, y, por otro, la regularización supuestamente progresiva del trabajo no registrado en el sector público; razones que hay que evaluar dado que otro intento de exclusión basado en el mismo fundamento, pero de alcance a todos los trabajadores de la carrera pública, parece provenir del precedente de observancia obligatoria expedido por la Sala Plena Tribunal de Servicio Civil (Resolución N° 002.2010-SERVIR/TSC). En efecto, dicho Tribunal ha señalado que el régimen de carrera administrativa regulado por Decreto Legislativo N° 276 “tiene naturaleza estatutaria, esto es, aún cuando pueda contener derechos de naturaleza laboral, su esencia es básicamente de derecho administrativo”. Con esto, se produciría una auténtica exclusión similar a la del CAS cuyas consecuencias –establecidas por el propio Tribunal en su precedente–, no carecen de importancia: la imposibilidad de modificar y mejorar mediante negociaciones individuales o colectivas las condiciones de empleo y la consideración de las decisiones del empleador como actos administrativos (o de poder público) y no como decisiones guiadas por el mero interés de explotación del trabajo ajeno y que, como tal, requiere ser sometido a límites externos. Aunque ya he comentado este tema en otros trabajos⁽⁸⁾, por ahora solo reiteraré que esta posición, además de contraria a reiterados criterios del TC que declaran la naturaleza laboral de la relación de empleo público y resaltan la innegable conexión constitucional entre trabajo subordinado y protección laboral, deviene en inconsistente también por otras razones: la interesada confusión entre “Estado–poder público” y “Estado–empleador”; la inconsistencia que bajo esta pretendida naturaleza administrativa de las relaciones de empleo con el Estado supondría la aplicación del régimen laboral de la actividad privada en determinadas entidades estatales; la posibilidad de cautelar ciertos intereses públicos comprometidos en la relación de empleo con instituciones (mérito, carrera, ordenación presupuestal, etc.) que no presentan incompatibilidades con la regulación laboral etc.

Con relación al segundo argumento las cosas no cambian. Según su formulación, el CAS resultaría un mecanismo de regularización progresiva del empleo precario en el sector público, que debería cumplir con la condición de ser “transitorio” y sujetarse a un control progresivo de las posibilidades presupuestales para cumplir su finalidad. Pues bien, a pesar de los alegatos de sus defensores⁽⁹⁾, ni el

(7) Acción de inconstitucionalidad presentada por más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, ventilada en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC.

(8) BALBÍN TORRES, Edgardo. “Unilateralismo y Negociación Colectiva en la Administración Pública”. Lima, PUCP, El Contrato Administrativo de Servicios: Aspectos Constitucionales. En: *Soluciones Laborales* Año 1, número 10, Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2008 y más recientemente *Debate: La regulación del Contrato Administrativo de Servicios*, Revista *Laborem* N° 9, Lima, SPDTSS; Año 2010.

(9) Puede verse, Pasco Cosmópolis, Mario. “Debate: La regulación del Contrato Administrativo de Servicios”. En: *Laborem* N° 9, Lima, SPDTSS; Año 2010.

Decreto Legislativo ni su Reglamento aluden en ninguno de sus extremos al carácter transitorio del régimen y menos aún establecen un itinerario de igualación concordante con las posibilidades presupuestales. Muy por el contrario, los antecedentes⁽¹⁰⁾ y la aplicación que se viene haciendo de estas disposiciones parecen revelar la intención real de asentar un tercer régimen de prestación de servicios subordinados en el que, bajo el manto de la naturaleza administrativa del contrato, se oculta un poder de disposición del trabajo ajeno al que la protección estándar implementada por la legislación laboral no resulte aplicable.

En suma, ninguna de las exclusiones comentadas parece justificada o, por lo menos, ninguno de los fines supuestamente perseguidos por las mismas parece requerir la deslaboralización de la relación del trabajo.

1.2. Diversificación al interior del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo.

Dentro del trabajo formalmente protegido por el Derecho del Trabajo, la diversificación legislativa admite algunos criterios de ordenación.

El primero de estos criterios ordenaría la normativa de acuerdo a su carácter público o privado. El carácter público derivaría de la presencia de la “carrera profesional” como elemento caracterizador del empleo en el Estado, en concordancia con la previsión constitucional de regular por ley la carrera de los servidores públicos (artículo 40). Bajo estas normas de carrera se incluiría, en primer lugar, a las disposiciones aplicables a la generalidad de los trabajadores estatales (básicamente el Decreto Legislativo N° 276 y la Ley N° 28175) y también a las regulaciones que imponen particularidades a este modelo base: gerentes públicos (Decreto Legislativo N° 1024); militares (Ley N° 28359); policías (Ley N° 28857); diplomáticos (Ley N° 28091); y profesionales de la salud (Ley N° 23536). Junto con estos dispositivos, tenemos otras normas aplicables también –aunque no exclusivamente– en entidades estatales y que refieren a la carrera profesional: educadores (Ley N° 24029); médicos cirujanos (Decreto Legislativo N° 559); enfermeras (Ley N° 27669); obstetras (Ley N° 27853); cirujanos dentistas (Ley N° 27878); químicos farmacéuticos (Ley N° 28173); psicólogos (Ley N° 28369); tecnólogos médicos (Ley N° 28456) y biólogos (Ley N° 28847). A la par que estas disposiciones resaltan la importancia de cada una de estas profesiones en todo ámbito, lo central

(10) Es revelador lo señalado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central. El informe señalaba Señala el informe “Ante la falta de regulación respecto de los contratos no personales y otras formas heterodoxas de contratación, se hace necesaria una norma que ratifique que la contratación por servicios no personales es válida en el sector público; y que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todos los atributos propios de su condición de tal, como el control de ingreso y salida, exigencias de puntualidad, asiduidad y eficiencia, imposición de sanciones etc., pero que al mismo tiempo establezca que se someten a un régimen especial, en el que se reconocen aquellos derechos que tienen origen y rango constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos remunerados, etc.) o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú (como son los de OIT ratificados), mas no los que provienen de la normativa infraconstitucional”.

de su regulación refiere a condiciones de empleo en entidades estatales asociadas a la carrera profesional: los ascensos, criterios de evaluación, capacitación o complementos remunerativos. Del otro lado, quedarían las normas aplicables en la empresa privada, ausentes de referencias a la carrera profesional.

Un segundo criterio de ordenación repararía en el sector de actividad al que es aplicable la normativa. Por lo general, las diferencias obedecerían a los ajustes que determinadas particularidades en el sector impondrían a la regulación del trabajo subordinado. Ejemplo de ello serían las regulaciones previstas para el sector construcción (básicamente la Resolución Ministerial N° 051.96-TR); agrario (Ley N° 27360); minería (básicamente el TUO de la Ley General de Minería, Decreto Supremo 014-92-EM); puertos (Ley N° 27866); pesca (básicamente Decreto Ley N° 25977); restaurantes y hoteles (Decreto Ley N° 25988).

Un tercer criterio de ordenación podría distinguir la DIVERSIFICACIÓN legislativo en función de la profesión u oficio. También en este caso, características propias del desarrollo de la profesión u oficio determinarían regulaciones específicas y diferenciadas. Tenemos bajo este criterio a los artistas (Ley N° 28131); los futbolistas (Ley N° 26566); los trabadores del hogar (Ley N° 27968); y los porteadores (Ley N° 27607).

Además, algunas regulaciones refieren a características o condiciones específicas del trabajo o del trabajador que determinan una alteración de la regulación prevista para el trabajo típico: los extranjeros (Decreto Legislativo N° 689); adolescentes (Ley N° 27337); o los trabajadores a domicilio (Título IV del TUO de la LPCL aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

El último término se ubicaría a las disposiciones que imponen diferencias con objetivo promocional, recientes en el panorama legislativo y asentadas en la idea de que en determinados casos las diferencias de trato normativo pueden conformar un mecanismo efectivo de igualación. Entre estas disposiciones tenemos a aquellas sobre exportación no tradicional (Decreto Ley N° 22342); las normas de promoción del sector agrario (Ley N° 27360); y, las disposiciones de promoción de la micro y pequeña empresa (Decreto Legislativo N° 1086). Como se verá más adelante, si bien el derecho desigual igualatorio es admitido unánimemente por la doctrina, este se encuentra sometido a condiciones estrictas que aseguren su carácter transitorio así como la legitimidad de sus fines, la coherencia de sus medios, y la suficiencia de su contenido.

La revisión efectuada constata la exagerada diversificación a la que habíamos aludido al inicio de este trabajo y confirma las sospechas acerca del probable uso de criterios irrelevantes de diferenciación y la conformación de clases y subclases de trabajadores. De hecho, la evaluación de las razones y los términos de la diferenciación bajo la perspectiva del principio de igualdad es un tema de relevancia pues el incremento de la diversificación constituye una amenaza real para nuestro ordenamiento laboral. En trámite parlamentario se encuentran el proyecto de Ley

N° 3278-2008-CP, Ley de Trabajo del Médico Veterinario en el Sector Salud, presentado por el Colegio Médico Veterinario del Perú; el Proyecto de Ley N° 1892-2007-CP, Ley que regula el Ejercicio Profesional de los Relacionadores Industriales, presentado por el Colegio de Relacionadores Industriales del Perú; y el Proyecto de Ley N° 2573-2007-CP, Ley de Trabajo del Químico, presentado por el Colegio de Químicos. Curiosamente, en todos estos casos las iniciativas alegan igualdad de trato con otros trabajadores que desempeñan labores análogas y que cuentan con regulaciones específicas; y, al mismo tiempo, más de una vez la Comisión de Trabajo también ha justificado el archivamiento de algún proyecto en la igualdad de trato, alegando que existen muchos trabajadores que se dedican a actividades similares y a quiénes, de aprobarse esta iniciativa, también les correspondería su ley especial. En otras palabras, la igualdad para justificar la expedición de una regulación específica y la igualdad para rechazarla.

Son muchos los factores asociados a esta diversificación extrema. El primero es la sobrevaloración de determinadas diferencias. Como lo ha indicado la doctrina, la igualdad no desconoce las diferencias sino las integra a través de dos mecanismos: las relevantes son integradas a la igualdad mediante la creación de regulaciones específicas (trato diferente para los diferentes) y las irrelevantes son reducidas en favor de la construcción de un tipo normativo abstracto y general. En otras palabras, aún cuando presentan rasgos comunes, en estricto todos los trabajos y trabajadores son diferentes, pero lo que afecta el principio de igualdad es establecer regulaciones específicas en base a diferencias irrelevantes⁽¹¹⁾. Como es posible advertir, el asunto de fondo y de mayor complejidad es fijar un criterio de valoración de las diferencias que nos permita definir en qué casos corresponde la expedición de una regulación específica. Además de reiterar el principio universal de que las diferencias no pueden basarse en características personales y que, más bien, deben obedecer a factores objetivos, debe recalcar que en el fondo requerimos criterios evaluar para cada caso las “razones” de la diferenciación⁽¹²⁾.

Bajo nuestra óptica y en el concreto ámbito de nuestra disciplina, las diferencias fácticas relevantes que dan lugar a diferencias legislativas razonables son las conectadas directamente con la realización del objeto del contrato de trabajo y con valores constitucionalmente resguardados, cuya realización depende en última instancia de la diferenciación legislativa. Los artistas, los futbolistas, los trabajadores a domicilio, los trabajadores del sector construcción o del sector educación son claros ejemplos de diferenciación necesaria para el cumplimiento del objeto de

(11) Pérez Luño, Antonio. Ob. cit., p. 25.

(12) Resume Jiménez Campo señalando que “hay igualdad cuándo es irrazonable hacer diferencias”. Jiménez Campo, Javier. La igualdad jurídica como límite frente al legislador; Revista Española de Derecho Constitucional Año 3, num. 9. Madrid: 1983, p. 72 y ss. En la misma línea se indica lo siguiente: “dado que el principio de igualdad no excluye las desigualdades, antes al contrario, las admite siempre que tengan una justificación objetiva y razonable, el control de constitucionalidad de la desigualdad legislativa es en el fondo, un control de su razonabilidad”. Martínez Tapia citado por Hierro, Liborio. Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley; Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, Año 2003, p. 450.

contrato. En el caso de los artistas, por ejemplo, la naturaleza de la profesión en la que las cualidades innatas del trabajador, la autonomía que estas permiten en el desarrollo del espectáculo y la dependencia de la relación jurídica de la aceptación del público, hace que sustanciales aspectos de la regulación laboral general se tornen disfuncionales para su regulación, impidiendo la realización del objeto de contrato y demandando, por ello, una adecuación normativa⁽¹³⁾. De similar modo, la necesidad de cautelar determinados valores constitucionales en las relaciones de trabajo con el Estado (mérito, carrera, igualdad en el acceso a los cargos públicos, etc.); la protección del menor en el caso del trabajo de los adolescentes o la preferencia en la contratación de trabajadores nacionales en las disposiciones sobre el trabajo de los extranjeros, son supuestos de valores que se interponen en las regulación de la relación por las normas generales y exigen una regulación particular.

La aplicación de los criterios aportados también nos conduce a interrogarnos acerca de lo siguiente: si bien es cierto que las actividades profesionales de médicos cirujanos, enfermeras, obstetricas, cirujanos dentistas, químicos farmacéuticos, psicólogos, tecnólogos médicos y biólogos son diferentes; ¿acaso estas diferencias son de tal relevancia que reclaman o justifican regulaciones específicas para cada colectivo? Evidentemente no y, definitivamente, el contenido de las disposiciones especiales que regulan la actividad de cada uno de estos profesionales de la salud confirma esta conclusión: cada una de estas disposiciones presenta la misma estructura y reitera similar contenido; la especificidad es imperceptible y cada una de estas normas se limita a resaltar la importancia que para la sociedad y el Estado tiene la profesión.

Otro factor que me interesa destacar, asociado al primero, es la ausencia de canales de regulación de las diferencias, relevantes o irrelevantes, alternos a la legislación y basados en la autonomía contractual. La imposibilidad de garantizar regulaciones auténticamente libres en la negociación individual, coloca a la negociación colectiva como el canal apropiado para la regulación de las diferencias. De hecho, reiteradamente se ha señalado que la regulación convencional, a diferencia de la legislación, es un mecanismo de adaptación apropiado y es seguro que el déficit que en esta materia mantenemos contribuya a la diversificación legislativa. Y con esto no solo aludo a la escasa cobertura de la negociación colectiva (que al 2009 llega apenas al 4,5% de la población asalariada formal); sino que también me refiero a la inestabilidad que los actores atribuyen a la regulación convencional y que les hace dirigirse preferentemente al legislador, así como a la pobreza temática de nuestra regulación convencional, limitada por lo general a los temas salariales. En esta línea, es interesante constatar que detrás de un importante número de las disposiciones particulares antes mencionadas, encontremos la iniciativa formal o el seguimiento constante de las organizaciones de trabajadores.

(13) Puede verse: ARCE ORTÍZ, Elmer. *Régimen Laboral de los Artistas en el Perú*; Lima: Palestra, 2008, p. 15; también Roqueta Buj, Remedios. *El trabajo de los Artistas*; Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 15.

II. DIVERSIFICACIÓN Y RÉGIMENES ESPECIALES

La reseña de la prolijidad legislativa que en el apartado anterior he intentado ha tenido como único objeto describir la diversificación y aportar posibles criterios de comprensión y justificación, esto último con la expectativa de que discutir y fijar un criterio justificante de las diferencias, vinculado estrechamente al principio de igualdad, puede servir como límite a un legislador -que parece no sentirse restringido por este valor y principio constitucional y pueda permitir que la magistratura no asuma que las diferencias legislativas son válidas únicamente por residir en la ley. Aquí, en este apartado, trataré de distinguir la diversificación legislativa de los regímenes especiales, labor que puede complicarse por la ausencia de un referente normativo que identifique a estos últimos y por la tentación, a la que cedemos con frecuencia, de asumir que toda diferenciación legislativa da lugar a un régimen especial.

1. La definición de un régimen especial.

Un régimen especial no se fundamenta únicamente en la diversificación. La doctrina española, sobre la base de un referente normativo incluido en el Estatuto de los Trabajadores, ha distinguido entre los “regímenes especiales” y los “contratos especiales”; vale decir, ha reparado en lo distinto que es someter el trabajo de una persona a la regulación diferenciada de una o algunas instituciones laborales, y someterla a todo un estatuto diverso, esto es, a un conjunto de reglas diferentes en el que, si bien son reconocibles los elementos que adscriben la relación al derecho laboral, predominan elementos diferenciales que tornan en disfuncional la regulación típica.

Para Ojeda los regímenes especiales recaen sobre actividades “globalmente anómalas” respecto del trabajo típico, es decir, actividades no típicas pero plenamente laborales y que en virtud de su atipicidad global han sido, incluso, objeto de exclusión⁽¹⁴⁾. La noción de “atipicidad global” utilizada por Ojeda diferenciaría a los regímenes laborales especiales de los contratos especiales en los que la atipicidad, aunque relevante es marginal, y no determina la disfuncionalidad de la protección estándar prevista para el trabajo típico. De hecho, esta atipicidad global también justifica la diferencia de trato que suele dar lugar a una regulación a la baja y que impide el otorgamiento pleno del estatus laboral. No se trata, por lo tanto, de relaciones que se “deslaborizan” progresivamente para ser expulsadas finalmente del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, sino de relaciones que se integran al centro de protección. La técnica de la regulación especial se convertiría de esta forma en un factor de inserción dentro de una clase protegida en la que todos comparten –aunque con distinta intensidad-, las notas caracterizadoras del contrato de trabajo. De allí, la diferencia con lo que Neves denomina “equiparación”,

(14) Ojeda Avilés, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. Laborem N° 8, SPDTSS, Lima, 2008, p. 32

herramienta mediante la cual se extiende la protección laboral a relaciones que carecen de alguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo⁽¹⁵⁾.

En el similar sentido, Huertas y López señalan que “una cosa son los contratos comunes con peculiaridades (modalidades especiales de contratos) y otra los contratos sometidos en su núcleo fundamental a normativas especiales (relaciones laborales especiales)”⁽¹⁶⁾. Agregan las autoras que las primeras son relaciones jurídicas cuya especialidad va referida a aspectos puntuales de la estructura de cualquier contrato de trabajo ya sea un contrato común o especial.

Como podrá anticiparse, el problema que ahora surgirá consiste en determinar cuándo la atipicidad puede ser considerada como “global”, en términos de Ojeda; o, en perspectiva de Huertas y López, cuándo se puede afirmar que las diferencias afectan el “núcleo fundamental del contrato”. Definitivamente la extensión o intensidad de la regulación diferenciada resulta un primer indicador de importancia, más es natural interrogarse por si es posible fijar un criterio cualitativo que se agregue a este indicador y le aporte mayor precisión. Para Ojeda, por ejemplo, la atipicidad global derivaría del hecho que las relaciones laborales especiales se producen en un ámbito en el que la dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual, cuestión que ocurriría con los altos cargos (que presentan un grado determinante de autonomía locativa); los representantes de comercio (que actúan fuera de la empresa); el trabajo en el hogar familiar; los talleres penitenciarios, centros especiales de empleo, deportistas y artistas y abogados en bufetes de titularidad ajena⁽¹⁷⁾. Huertas y López, en cambio, recurren a la definición de Fernández-López, para quien “Estos factores diferenciales, para que tengan una trascendencia capaz de desdoblar nuevas especies, no pueden centrarse en otros lugares que en los elementos sustanciales sin los cuales ni siquiera existe contrato: el consentimiento, el objeto (...) y la causa, que lo delimitan como tal frente a otros tipos contractuales”⁽¹⁸⁾.

Aún cuando la utilidad de estos criterios para el análisis de nuestra diversificación normativa resulta innegable, creo que estos se vinculan estrechamente al dato legislativo que aporta el Estatuto de los Trabajadores español, que, como hemos señalado, no tiene correlato en nuestro medio. Más aun, incluso contando con referentes normativos, la aplicación de criterios objetivos nunca es absoluta. Huertas señala que, aún cuando es posible inferir un criterio, la definición de los regímenes especiales se somete en muchos casos a las “valoraciones de política legislativa”, que, entiendo, dificultarían la aplicación de un criterio abstracto. En línea

(15) Neves Mujica. Javier. *Introducción al Derecho Laboral*; PUCP, Lima, 2009, p. 24.

(16) HUERTAS BARTOLOMÉ, Tebelia y LÓPEZ LÓPEZ, Julia. “La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. N° 1, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 81 y 82

(17) OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 35 y ss.

(18) HUERTAS BARTOLOMÉ, Tebelia y LÓPEZ LÓPEZ, Julia. Ob. cit., p. 82

similar, López Gandía alude a criterios de “política legislativa y oportunidad” en la aparición histórica de los regímenes especiales⁽¹⁹⁾.

No pretendo con esto relativizar completamente la cuestión; solo quiero advertir que, en nuestro caso, la ausencia de un referente normativo, hace posible únicamente un enjuiciamiento de la diferenciación legislativa bajo la óptica del principio de igualdad y, luego, una apreciación de si la diferencia de trato –siendo legítima constitucionalmente– requiere de una adaptación completa del estándar típico de protección para hacer posible el objeto de contrato, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un régimen laboral especial. Esta necesidad de adaptación completa definirá, a su vez, las relaciones que se establezcan entre el régimen general y los regímenes especiales. Como señala Arce, en una relación laboral especial la normativa general solo será aplicable si resulta compatible con las normas especiales y los principios que subyacen a esta; en tanto que en el caso de los contratos especiales la norma general será aplicable siempre en defecto de norma especial expresa⁽²⁰⁾.

Lógicamente, estos criterios no nos libran ni de las zonas grises ni del influjo de las valoraciones de política legislativa. De un lado, si bien el encuadramiento de la diversificación resultará sencillo en algunos casos, en otros supuestos algunas regulaciones diferenciadas se ubicarán en una esfera de difícil clasificación. Por ejemplo, así como las disposiciones que regulan el trabajo bajo régimen de carrera, el trabajo en la pesca o las normas referidas al trabajo de los artistas se asimilan al concepto de régimen especial y las normas sobre el trabajo a domicilio, de extranjeros, adolescentes o de exportación no tradicional a los denominados contratos especiales; otras relaciones como las de los trabajadores del sector construcción civil o de los trabajadores portuarios podrían plantear dudas fundadas. En el caso del sector construcción civil, por ejemplo, ¿son la ubicación relativa y la pluralidad de empleadores factores suficientes para fundar un régimen especial? La dispersión de la normativa que conforma algunos de los regímenes especiales podría agravar el problema.

Por otro lado, los criterios y las valoraciones de política son en nuestro medio un factor relevante en la definición de regulaciones particulares que, en ocasiones, obvia o sustituye a las diferencias fácticas objetivas. Es el caso de los regímenes promocionales en el que las diferencias de trato pueden abarcar el íntegro de la regulación laboral sin desconocer el carácter subordinado de la relación y su pertenencia al derecho del trabajo. Tal como se verá seguidamente, el caso de las normas promocionales de la Mype resulta peculiar pues el supuesto objetivo promocional que lo sustenta, basado en una razón de mercado, define la aplicación de un estatuto particular con el que la regulación general no se vincula en ningún extremo. En

(19) LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Nuevas y viejas relaciones laborales especiales y la introducción reciente de especialidades en la Relación Común*. Puede verse en: <<http://jpdsocial.org/Articles/2.1LopezGandiaPonencia.pdf>>.

(20) Arce Ortiz, Elmer. *El futbolista profesional y sus derechos laborales*. Lima, ARA editores, 2005, p. 22.

esencia, en este caso –al que puede sumarse el denominado “régimen agrario”– la diferenciación legislativa a la baja es utilizada como política de empleo, lo cual resulta cuestionable tanto bajo la perspectiva del principio de igualdad como del objetivo de generar empleo de calidad. Afortunadamente, en estos casos la voluntad política también puede ser sometida al control constitucional pues ninguna diferenciación es válida solo por residir en la ley.

2. El régimen general y los regímenes especiales.

La noción de regímenes especiales supone en la existencia de uno o varios regímenes generales que ahora nos corresponde identificar.

Una primera posibilidad es sostener que la tutela constitucional del trabajo subordinado tiene en la legislación infraconstitucional un cuerpo normativo de referencia, que deviene en “general” por ser aplicable al trabajo subordinado sin adjetivo alguno. Respecto de esta posible norma de referencia se configuraría la atipicidad de los regímenes especiales. Otra posibilidad es afirmar que la Constitución consagra dos modelos generales de regulación para los ámbitos privado o público, definidos en función de la naturaleza del empleador y respecto de los cuáles otras regulaciones definirían su atipicidad.

Aún cuando ambas posturas tienen interesante sustento, bajo mi óptica la segunda posición es difícil de sostener tanto por razones formales como materiales. En primer término, la Constitución no define expresamente dos estatutos generales diferenciados sino que, más bien, se limita a garantizar un único régimen de protección del trabajo subordinado, estableciendo en el caso de los trabajadores del Estado solo una reserva de ley para la regulación de los aspectos medulares de la relación de empleo público, vinculados a ciertos intereses públicos que se proyectan sobre la prestación de servicios (artículo 40). Es decir, hablamos de peculiaridades referidas a un estándar de protección que solo puede ser el trabajo subordinado típico, nacido en la empresa privada. Bajo un punto de vista material y como ya lo hemos indicado, la protección constitucional del trabajo se asienta en un modelo de histórico de trabajo y de trabajador cuyas características son la prestación de labores para un único empleador, el tiempo indefinido del contrato y la jornada completa, entre otros. Entre nosotros, y aún mediando la dispersión normativa a la que referimos en la primer parte de este texto, este modelo de protección estándar se identifica con las normas de régimen laboral de la actividad privada, a partir de las cuales puede definirse la relación de empleo público como una regulación especial.

Esto, sin embargo, no significa que de la relación de empleo público no puedan surgir, a su vez, otros regímenes, con los que, compartiendo un nuevo y más acotado rasgo de identidad común (el trabajo subordinado para el Estado), se definen diferencias relevantes. Ello ocurriría con el personal, militar, policial, diplomático, docente o de los servicios de salud, en cuyos casos el trabajo subordinado en el Estado y su atributo protagónico, la carrera profesional, demanda de adaptaciones relevantes.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DIVERSIFICACIÓN LEGISLATIVA CON OBJETIVOS PROMOCIONALES: EL CASO DE LA MYPE

La justificación de algunas diferencias de trato legislativo así como el contenido concreto de sus disposiciones resulta un tema de interés central. Como lo hemos venido señalando, la diversificación, para ser legítima tiene que fundarse en razones relevantes y no puede implicar la derogación de derechos constitucionales. Dado que una revisión minuciosa de cada régimen promocional desborda el objeto de este trabajo, me limitaré al somero análisis del régimen MYPE fundado en supuesto objetivos de promoción del Empleo, enfatizando sobre la base del “test de igualdad” aplicado por el TC, la justificación alegada así como su aptitud para cumplir los objetivos trazados. Sin duda, a este análisis sumaremos algunos párrafos sobre el contenido del régimen dado que la posibilidad de que las normas especiales infrinjan derechos fundamentales no resulta ya una novedad ente nosotros.

Como es conocido por todos, el Decreto Legislativo N° 1086, expedido en junio de 2008, estableció nuevas normas para la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo. Con la sola excepción de un potencial cofinanciamiento de la seguridad social en salud y pensiones para el conductor y los trabajadores de la Mype, el aspecto más saltante y relevado de la norma es la extensión del Régimen Laboral Especial (RLE) del ámbito de la microempresa (de 2 a 9 trabajadores) a las “pequeñas” empresas de hasta 100 trabajadores y con un volumen de ventas anuales de hasta 1700 UITs.

Ahora bien, como ya lo hemos anticipado, la Ley Mype no desprende el carácter especial del RLE en diferencias objetivas entre los trabajadores o las actividades que desarrollan, sino más bien de objetivos promocionales de formalización y desarrollo para determinadas unidades empresariales. El artículo 43 de la Ley establece que RLE está dirigido a “fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas”.

La posibilidad de establecer diferencias de trato legislativo justificadas en objetivos promocionales de formalización y desarrollo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional (TC), que en la primera parte de los fundamentos de la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen Laboral Especial Agrario, señaló que la realización progresiva del derecho al trabajo (en su faceta programática) y la obligación de aplicar políticas de fomento del empleo productivo, en concordancia con el modelo de Estado social y con una economía social de mercado (todos objetivos de fuente constitucional), justifican medidas legislativas que pueden implicar diferencias de trato cuyo objeto sea superar la compleja problemática del trabajo no declarado⁽²¹⁾. Ciertamente, parece enteramente

(21) A conclusión similar pero en otro ámbito del derecho llega el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 6626-2006-PA/TC en el que señala que el hecho que el incumplimiento tributario sea acentuado en los

legítimo y acorde con el objetivo de lograr la igualdad sustancial, implementar políticas activas que procuren progresivamente el goce condiciones de empleo dignas. Es más, también es de aceptación unánime que el impulso y desarrollo de las Mype requiere de medidas que promuevan su formalización legal y el impulso de su competitividad; aunque, cuestión distinta y, bajo mi óptica, carente de fundamento, es señalar, como lo hace el TC en la mencionada sentencia, que el combate contra el trabajo no declarado justifica la aplicación de medidas legislativas de contenido laboral, o que las cuestiones de promoción del empleo puedan recurrir a la rebaja de la protección laboral o del costo del trabajo.

En efecto, no existe evidencia empírica que permita sostener que una política con componentes legislativos basada en la rebaja de los derechos y costos laborales haya logrado resultados importantes en el objetivo de la formalización del empleo. Es más, a diferencia de la opción acogida por nuestro legislador, los países de la región recurren en su integridad a políticas sin componentes vinculados con la protección laboral. De hecho, en nuestro medio, la Ley N° 28015 fue un ejemplo claro de la inidoneidad de las medidas que implican la rebaja de la protección laboral: a octubre de 2007, con a cuatro años de su vigencia, el número de empresas registradas ascendió a 30 mil, lo que representó solo al 4% de las Mypes con asalariados. Y, los resultados no han cambiado en los que va de vigencia del nuevo régimen pues, según la Encuesta de Hogares aún después de expedido el Decreto Legislativo N° 1068, el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de entre 1 a 20 trabajadores se sigue incrementando, en tanto que el número de trabajadores inscritos en el registro de la microempresa que habilita el régimen, desde octubre del año 2008 no llega a los 100 mil, esto es, poco más de 2% de los trabajadores sin contrato. Se trata, en suma, de una medida carente de idoneidad para lograr el objetivo buscado.

Por otro lado, como lo hemos indicado antes, las políticas de empleo para la Mype implementadas en otros países dan cuenta de otros mecanismos eficaces de fomento de la formalidad. La diferencia entre estos mecanismos y el establecimiento de diferencias de trato legislativas que imponen la rebaja de los estándares de protección laboral es evidente. Los primeros implican un contingente importante de inversión pública, un reajuste en la recaudación, la reorganización de los sistemas de registro administrativo, etc. En cambio, la rebaja de los estándares de protección laboral, además de implicar en sí misma una afectación a la igualdad de trato, conlleva también la afectación de otros derechos constitucionales para los trabajadores de la micro y pequeña empresa (por ejemplo, las vacaciones)⁽²²⁾. De esta

importadores de bienes usados justifica que la ley tributaria establezca un porcentaje de percepción más elevado que el porcentaje de los importadores de autos nuevos. La diferencia de trato se convierte en una lucha contra la evasión fiscal.

(22) Al momento de analizar las materias en las que el régimen laboral especial para el sector agrario establece diferencia de trato, el TC señala que si bien se trata de derechos que se han desarrollado a nivel infraconstitucional debido a que los artículos constitucionales que regulan estas materias delegan en el legislador el

forma, aún cuando se acepte que una diferencia de trato legislativo que reduce el estándar de protección laboral sea una medida idónea, el carácter más gravoso de esta opción, de cara a la afectación que produce en diversos derechos fundamentales, salta a la vista. Cabe destacar que al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley que establece el Régimen Laboral Especial del Sector Agrario, el TC señaló que si bien los demandantes habían argumentado el carácter menos gravoso de las medidas tributarias, estas también estaban contempladas en la ley; lo que deja entrever que para el TC se trataría de medidas complementarias dirigidas al cumplimiento del mismo objetivo y no de medidas alternativas, comparables y elegibles en función de su mayor o menor aptitud para cumplir los objetivos de formalización con el menor impacto en los derechos fundamentales. Más allá de esto, en dicha sentencia, el TC señala, sin ofrecer mayor sustento para sus afirmaciones, que la rebaja del estándar laboral de protección que produce el régimen laboral especial para el Sector Agrario satisface el criterio de necesidad⁽²³⁾.

Adicionalmente a lo señalado, parece claro que en el caso del RLE de la Mype un importante número de empresas no requerirían de medidas específicas promocionales que impliquen un trato normativo diferenciado. En efecto, los niveles de trabajo no registrado –trabajadores sin contrato alguno– son extremadamente alarmantes solo en empresas con menos de 10 trabajadores, pero las empresas con más de 10 trabajadores presentan niveles similares y menores de trabajo no registrado⁽²⁴⁾. Ello indica que si bien parecería necesario adoptar medidas especiales para fomentar el registro en planillas en las empresas en las que el problema es grave (empresas de 1 a 9 trabajadores), estas medidas no resultarían necesarias en empresas de 10 a 99 trabajadores, cuyos problemas de trabajo registrado son cuantitativamente menores a las de la Mype y similares a los de la mediana y gran empresa (para la que no existe un régimen promocional)⁽²⁵⁾. Cosa muy similar ocurriría con la protección social. El nivel de afiliación en las empresas de 1 a 9 trabajadores es de 9,8% a un seguro de salud y 12,0 % a un régimen de pensiones, en tanto que en las empresas de 10 a 49 trabajadores superan el 32% y, en las empresas

desarrollo de los mandatos constitucionales, resulta innegable que la Constitución ha establecido el marco director que debe orientar esa regulación de rango legal. Expediente N°00027-2006-PI, fundamento 12.

(23) Puede verse el fundamento 79 de la sentencia

(24) Según cifras preliminares del MTPE para el año 2006, datos en función de los cuales se proyectó la reforma, en las empresas de 1 a 5 trabajadores los “sin contrato” representan el 94,7% en las empresas 5 a 9 trabajadores el 87,8% y en las empresas de 10 a 19 trabajadores el 75,7%. En cambio, en empresas de 20 a 49 trabajadores solo representan el 46,5% y en empresas con más 50 trabajadores el 21,9%. Solo el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de 1 a 9 trabajadores llega a casi 2 millones, en tanto que en las empresas de 10 a más trabajadores (incluida la mediana y gran empresa) supera los 900 mil. Obsérvese además que el número de trabajadores “sin contrato” en las empresas de 50 a más trabajadores es incluso mayor que el número de trabajadores en la misma situación en las empresas de 20 a 49 trabajadores, aunque menor que el número de trabajadores “sin contrato” en empresas de 10 a 19 trabajadores (Cifras preliminares PEEL- MTPE- 2006). A la fecha la situación ha cambiado casi en nada.

(25) Señala el TC que el trabajo no declarado es un grave problema “que con la instauración de algunos de estos regímenes especiales, especialmente se ha pretendido superar” (fundamento 57 de la STC recaída en el Expediente 007-2006PI/TC).

de 50 a más trabajadores, supera el 68%. La información oficial disponible indicaría que la extensión del RLE resultaría excesiva en comparación con el problema que se pretende afrontar. Del mismo modo, los niveles salariales promedio en las unidades empresariales de 10 o más trabajadores superan el monto de la RMV. Según datos del propio MTPE, para el año 2006 la remuneración promedio de los asalariados en las empresas de 10 a 50 trabajadores era de S/. 756 y el porcentaje de trabajadores asalariados con ingresos menores a la RMV ascendía al 40.5%. Resulta evidente que los promedios remunerativos de los trabajadores asalariados en las empresas con más de 50 de trabajadores son mayores. Las diferencias con los ingresos de los trabajadores de las empresas que cuentan con 1 a 9 trabajadores son elocuentes pues aquí el promedio salarial es de S/. 459 y el porcentaje de trabajadores asalariados con ingresos menores a la RMV es de 64,9%. En suma, aún cuando el RLE de la Mype fuese una medida idónea y necesaria, dista de ser una medida proporcional. Como se ha visto sus alcances exceden el ámbito de los problemas que pretende afrontar.

Para concluir, una justificación insuficiente que desnuda una diferencia de trato ilegítima, similar a la aplicada en el caso del régimen agrario en el que el análisis de TC obvió asuntos de tanta importancia para la evaluación constitucional de la diferenciación como el hecho que al aplicación del régimen especial beneficia las grandes empresas agroexportadoras y no a los pequeños productores agrícolas. Dicho en otros términos: la diferenciación que consolida o agrava desequilibrios; aquella proscrita por el principio de igualdad.

**PONENCIAS
LIBRES**

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA CONSIDERAR VÁLIDO UN RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL

Jorge Orlando Ágreda Aliaga^{(1)}*

I. IDEAS PRELIMINARES

El Derecho Laboral es quizá la disciplina en la que la regulación en nuestro país se encuentra más dispersa, no solo en lo referido a la normativa sobre la relación laboral (inicio y extinción), sino también en lo correspondiente a los beneficios sociales y demás conceptos. Pero la dispersión no solo se agota en dichas circunstancias, sino que adicionalmente, para bien o para mal, existe un gran número de dispositivos que regulan diferentes regímenes laborales, los llamados “regímenes laborales especiales”.

La existencia de estos regímenes no es una creación peruana, es parte de la obvia naturaleza de la disciplina, en donde existen supuestos en los que se hace imprescindible la creación de una regulación diferenciada y específica, a efectos de otorgar las herramientas necesarias para la ejecución adecuada de las relaciones laborales.

Así, el presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis de la importancia de los regímenes laborales especiales, pero haciendo particular énfasis en cuándo estos resultan necesarios y no supongan un mero instrumento para desnaturalizar la existencia de nuestra disciplina.

(*) Abogado. Adjunto de Docencia de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar.

II. LOS RÉGIMENES LABORALES ESPECIALES

1. Consideraciones generales

El contrato de trabajo no puede ser visto siempre como un concepto abstracto, en el cual todas sus representaciones materiales serán coincidentes o idénticas, con las mismas características o el mismo tratamiento. Ello, por supuesto, no enerva el hecho de que la gran mayoría de relaciones de trabajo comparten características similares (que diríamos que son los elementos esenciales, con especial énfasis en la subordinación) y con obligaciones y deberes equivalentes. Esta condición nos permite encuadrar a estas relaciones bajo el ámbito de aplicación de un régimen laboral general.

El régimen laboral general supone la aplicación de normas de un ámbito de aplicación amplio, relativo a las condiciones de trabajo derivadas de una relación laboral. Es decir, esta se aplica, en principio, a aquellas relaciones en donde concurren los elementos de prestación personal, remuneración y subordinación. Así, los trabajadores en su condición de tales deberían estar sujetos a este régimen.

Sin embargo, si bien lo ideal debería ser la uniformidad, lo cierto es que esta no siempre es posible, ya que existen relaciones laborales que ostentan características tan especiales que requieren un tratamiento diferenciado precisamente sobre esos aspectos particulares⁽¹⁾. Por lo tanto, se hace imprescindible la creación de modelos contractuales laborales atípicos que sean que regulen esas condiciones particulares, a efectos de que la regulación laboral sea eficiente, y que son lo que precisamente llamamos un “régimen laboral especial”.

Sobre la base de lo mencionado, se puede sostener que el legislador ha decidido sustraer del régimen laboral general algunas relaciones de trabajo específicas, las cuales, si bien reúnen los elementos necesarios para ser consideradas como tales, contienen particularidades de tal naturaleza que la aplicación del régimen laboral general no sería eficiente⁽²⁾.

Siendo ello así, se podría definir a un régimen laboral especial como aquel grupo de reglas aplicables a un determinado grupo de trabajadores, en función de diferentes criterios, en donde no se desconoce la existencia de una relación laboral, pero en donde esta ostenta particularidades importantes que requieren ser reguladas de un modo diferenciado, a efectos de la ejecución de los servicios pueda ser realizada eficientemente.

(1) Este tratamiento diferenciado no significa que las actividades reguladas no cuenten con los tres elementos esenciales de una relación de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación), sino que, a pesar de contar con ellos, ostentan peculiaridades que requieren una atención especial por parte del legislador.

(2) CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. “Diversificación versus uniformidad en el Derecho Español de Trabajo”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 63. 1994. p. 77.

No debemos olvidar pues que el Derecho del Trabajo aparece como una disciplina que tiene como objetivo principal la búsqueda de un equilibrio entre las partes de una relación laboral. Así, la aplicación del régimen laboral general a relaciones especiales resultaría ineficiente, toda vez que la búsqueda de ese equilibrio se vería dificultada, quizá por otorgar mayores derechos a trabajadores a los que no les corresponde o no reconociendo beneficios o garantías a trabajadores con los que deberían contar.

Sin perjuicio de lo mencionado, no siempre la creación de los regímenes laborales especiales busca regular esas particularidades, sino que dentro de esa lógica flexibilizadora existente en el Perú desde los años noventa (y que Ermida Uriarte llamó “desregulación salvaje”⁽³⁾) ha buscado reducir los costos laborales a través de la creación de regímenes diferenciadores, en aras de “incentivar la inversión privada” o “formalizar el mercado laboral peruano”.

2. La creación de regímenes especiales como mecanismo de reducción de costos laborales

Como mencionamos previamente, la principal característica de una relación laboral es la desigualdad material que existe entre las partes que la conforman⁽⁴⁾, en donde el trabajador somete su fuerza de trabajo a la dirección del empleador, donde este último detenta el poder y, por lo tanto, se encuentra en una posición mucho más ventajosa, especialmente si reconocemos que la oferta de fuerza de trabajo es sustancialmente superior a su demanda, por lo que el poder de negociación siempre será superior en dicha orilla de la relación.

Es desde esa premisa que el Estado, a través del Derecho Laboral, interviene para subsanar esa desigualdad, otorgando beneficios mínimos e imperativos a favor del trabajador. El fundamento pues de esta opción es el llamado “principio protector”, que podría definirse como el criterio fundamental que tiene como fin establecer un amparo preferente a la parte más débil de la relación laboral, es decir, al trabajador⁽⁵⁾.

Dentro de la lógica economicista de reducir costos y maximizar beneficios, así como la cada vez más evidente despersonalización del mercado, las opciones legislativas se ha decantado por la disminución tanto cualitativa como cuantitativamente los derechos y beneficios de los trabajadores, porque se entiende que con

(3) ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Flexibilidad del Derecho del Trabajo en algunas experiencias comparadas”. En: *Ius et Veritas*. Año III, N° 4, 1992. Lima. p. 17.

(4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. p. 10-11.

(5) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo* (Tercera Edición). Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998. p. 61.

ello se fomentará la inversión, y se considera explícita o implícitamente que el Derecho Laboral no es otra cosa que un obstáculo para el desarrollo de la economía⁽⁶⁾.

En esa línea, en los últimos tiempos, han aparecido los llamados “régimenes laborales especiales”, en donde bajo la idea de regular un grupo de actividades o, sobre todo, un sector del mercado laboral, se establecen regulaciones, no solo “especiales” sino menos favorables para los trabajadores. Y son menos favorables no solo desde el punto económico, sino desde cualquier punto de vista.

Por ello, se hace necesario hacer una diferenciación entre lo que es verdaderamente un régimen laboral especial de lo que es un régimen diferenciado. Mientras que en el primer caso estamos ante un supuesto de regulación especial, objetiva y necesaria, en el segundo estamos ante un supuesto de regulación diferenciada por cuestiones subjetivas. Por lo tanto, la aparición de estos modelos supone no más que el retorno del papel gravitante de la autonomía privada a nivel individual en la regulación de las relaciones de trabajo, lo que a su vez supondría una disminución de los costos laborales a través de un incremento del poder del empleador⁽⁷⁾.

3. Finalidad y condiciones necesarias para el establecimiento de un régimen laboral especial

La finalidad de la creación de un régimen laboral especial implica que sin estos, las relaciones laborales y sus condiciones no podrían estar adecuadamente reguladas por el régimen general. Quizá porque se otorgaría una protección excesiva o insuficiente al trabajador, quizá porque se otorgue demasiadas o muy pocas potestades al empleador. Entonces, el punto reside en que para que la regulación sea eficiente esta tiene que ser una regulación, digámoslo de alguna forma, *ad hoc*⁽⁸⁾.

En otras palabras, la razón de ser de un régimen especial no solo se agota en la creación de un tratamiento diferenciado, sino que dicho tratamiento sea la única opción disponible para regular los rasgos atípicos o especiales presentes en la ejecución de estos servicios⁽⁹⁾, ya que el régimen general no los toma en consideración debido al carácter más amplio de su ámbito de aplicación.

(6) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. p. 17.

(7) ALONSO OLEA, Manuel. “La reforma del mercado de trabajo”. En: *Themis* N° 34. Lima, 1997. p. 38.

(8) Es obvio que todas las relaciones laborales son distintas la una de la otra, pero ello no justifica que se creen regimenes especiales para cada tipo de actividad o para cada relación individual (para ello existen productos como el convenio colectivo o el contrato individual de trabajo), es decir, no se puede cruzar al otro extremo y señalar a la especialidad como la regla y desconocer la generalidad. (Cfr. CABANELLAS, Guillermo y Luis ALCALÁ-TORRES. *Tratado de política laboral y social*. Tomo II, tercera edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta. p. 77.

(9) Entre estos rasgos atípicos o especiales podemos encontrar aquellos referidos, por ejemplo, a la peligrosidad en la ejecución (minería, construcción, pesca, etc.), exigencia de rendimiento físico adecuado (deportistas), exigencia de jornadas de trabajo acumulativas o tiempos de trabajo extraordinarios (minería o servicios médicos), particular atención en temas de derechos de autor e interpretación (artista), entre otros.

Considerando lo antes expuesto, para la creación de un régimen laboral especial, el tipo de relaciones laborales que pretenda regular deben ostentar una singularidad o diferencia objetiva sustancial que impida o dificulte la aplicación de la regulación laboral. Esta será pues el único camino para la aplicación de un régimen especial (que podrá ser integral o que podrá permitir la aplicación supletoria del régimen general en lo que no se oponga o no afecte su naturaleza)⁽¹⁰⁾.

Sobre la base de lo señalado, consideramos que la validez de un régimen laboral especial depende de la concurrencia de las siguientes condiciones:

a) Objetividad:

Quizá esta condición sea la primera que se deba cumplir a efectos de determinar la viabilidad de la creación del régimen. Supone el análisis de la relación de trabajo que pretende ser calificada como especial. Es decir, se debe revisar de qué manera se han configurado los elementos esenciales pero adicionalmente cómo se presentan esos rasgos sustancialmente diferentes, a efectos de determinar el grado de especialidad de dicha relación.

Evidentemente, no basta que concurren únicamente elementos simplemente distintos (por ejemplo, jornadas acumulativas o naturaleza temporal del contrato), ya que estos supuestos se encuentran debidamente regulados por el régimen general. Es necesario pues que se encuentren circunstancias esencialmente especiales, tales como peligrosidad en la ejecución, necesidad de uso de esfuerzo físico importante, grado de confianza en la prestación de servicios, entre otras.

Por supuesto, lo antes mencionado puede ser aplicado a circunstancias específicas según determinados criterios. Por ejemplo, podríamos hablar un régimen especial aplicable a una rama de actividad (construcción civil, minería o pesquería), en donde toda la actividad debería verse regulada por un régimen especial. Lo mismo podría suceder en casos que si bien por sí mismos no forman una rama de actividad, sí podrían considerarse como una prestación de servicios que por su naturaleza merece un trato especial (por ejemplo, los trabajadores de dirección, en donde el nivel de confianza merece un trato diferenciado, sobre todo en materias como la estabilidad laboral).

Si se llegase a verificar que estos elementos especiales requieren un tratamiento diferenciado (superior o inferior al régimen laboral general), se podrá seguir adelante con la creación del régimen laboral especial.

b) Necesidad:

Esta condición presupone que la creación del régimen especial es realmente la mejor o única alternativa para regular eficientemente un determinado tipo de relaciones laborales.

(10) CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., pp. 76-77.

Supone pues un examen previo de la eventual aplicación del régimen laboral general a este tipo de relaciones a efectos de determinar si dicha aplicación resultaría suficiente y eficiente o si sucede lo contrario. Si la respuesta es negativa, el legislador deberá proceder a crear el régimen laboral especial.

Por ejemplo, la existencia de riesgos especiales o el importante desgaste físico (como sucede en las labores de construcción civil) o el nivel de confianza derivado de los servicios de un trabajador (personal de dirección) sí justificarían la creación de un régimen laboral especial, ya que el régimen general no satisface todas las implicancias propias de estas labores, ya que en algún supuesto no otorgarían la protección necesaria o quizá en otro otorgarían una protección excesiva.

c) Razonabilidad y Proporcionalidad:

Si la anterior condición suponía realizar un examen sobre la eventual aplicación del régimen general sobre las relaciones laborales atípicas, en este supuesto se requiere un examen de la eventual aplicación del nuevo régimen laboral especial y determinar si este es el adecuado para cumplir los fines para los cuales fue creado.

Así, en la medida de que un régimen laboral especial puede reconocer mayores o menores derechos a los trabajadores, dependiendo de la especialidad, se hace necesario que ese incremento o disminución de derechos deba ser razonable y proporcional en relación con los objetivos planteados. Es decir, la regulación no debe ser arbitraria.

Se debe pues respetar el núcleo fundamental de los derechos que se regulan de una manera diferenciada. Quizá la reducción o variación de los derechos sea necesaria, pero ello no debe suponer un mero desconocimiento o una simple reducción de los mismos, ya que si no estaríamos cayendo nuevamente en una figura desreguladora.

Quizá, por otro lado, la creación de mayores beneficios para los trabajadores también resulte necesaria o justa, pero debe realizarse en la proporción adecuada, y no en mérito de populismos o conveniencias.

d) Vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores

La existencia de un régimen laboral especial no debe ni puede suponer el desconocimiento o restricción de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ya sea que hablemos de los derechos fundamentales en su condición de ser humano o de los derechos fundamentales en su condición de trabajador.

Por lo tanto, no se puede desconocer derechos tales como la libertad sindical, a la libertad de trabajo, a la remuneración mínima vital, a la jornada máxima, a los descansos remunerados, a la estabilidad en el trabajo, a la seguridad social, entre otros.

Ahora, es necesario también determinar cuál es el núcleo inalterable de dichos derechos fundamentales. Así, los límites aplicables a eventuales reducciones de derechos derivados de aquellos derechos fundamentales reconocidos serían los que se encuentran contenidos en nuestra Constitución o en los Tratados Internacionales debidamente ratificados por nuestro país.

Por ejemplo, el establecimiento de menores días de descanso no afectaría este derecho fundamental, siempre y cuando sean superiores a los seis (6) días naturales establecidos en el Convenio N° 52 de la OIT. Aunque, ciertamente, podría cuestionarse la validez de un régimen especial que disminuya los treinta (30) días establecidos por la legislación peruana de menor rango sin tener una justificación objetiva para ello, pero no por afectar dicho derecho, sino por afectar el derecho a la igualdad.

En consecuencia, somos de la opinión de que un la creación de un régimen laboral especial debería tener en consideración los criterios antes mencionados, ya que en caso contrario se estaría atentando contra los derechos de los trabajadores.

III. TRATAMIENTO DE LOS RÉGIMENES LABORALES ESPECIALES EN EL PERÚ

1. Tratamiento normativo

En el ordenamiento laboral peruano tenemos una serie de regímenes laborales especiales, entre los cuales destacan los siguientes:

Actividad	Régimen Aplicable
Agrarias y acuícolas	Se le aplicará el régimen laboral especial de la actividad.
Artistas	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.
Construcción civil	Básicamente las normas legales sobre la actividad, más convenios colectivos de rama de actividad.
Cualquier actividad	Si la empresa es considerada “pequeña” o “microempresa” se aplicará el régimen especial sobre la materia.
Enfermeras	Se aplica el régimen laboral general, pero existen regulaciones especiales sobre determinados puntos.
Futbolista profesional	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.
Médicos	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.
Minería	Se aplica el régimen laboral general, pero existen regulaciones especiales sobre determinados puntos (temas de seguridad y salud y jubilación, básicamente).
Pesquería	Se aplican las normas legales sobre la actividad, más convenios colectivos de rama de actividad.
Porteador	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.
Portuarios	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.
Trabajo del hogar	Se aplica el régimen laboral especial creado para dicha actividad.

Adicionalmente a los antes mencionados, existen diferentes normas que regulan aspectos puntuales sobre algunos grupos de trabajadores, pero dichas regulaciones no suponen la creación de un régimen laboral especial, sino que solo abordan aspectos puntuales y específicos, aspectos que por sí solos no resultan suficientes para considerar que conforman un régimen especial.

Pues bien, sobre la base del cuadro antes expuesto, se podría clasificar a los referidos regímenes en función de los siguientes criterios:

a) En función del tamaño del empleador:

Básicamente en este criterio encontramos al gran régimen especial, quizá el más joven de todos pero el de mayor envergadura (tanto así que lo podríamos denominar también general), que es el de pequeña y microempresa.

Como se puede apreciar, en este régimen no se ha tomado en consideración la objetividad, sino que se ha creado en función de un criterio referido a las características del empleador (básicamente, nivel de ventas y número de trabajadores contratados) y no de las actividades que este realiza.

Ello evidentemente lleva a concluir que exista la posibilidad de que trabajadores de una mediana o gran empresa, que laboran en las mismas actividades y en las mismas condiciones que un trabajador de una pequeña o microempresa, tengan acceso a todos los derechos del régimen general (más beneficioso) en detrimento de los segundos, que tendrán menor cantidad de derechos y garantías.

Lo mismo, aunque en menor medida, sucede con el régimen de construcción civil, en donde el régimen especial solo es aplicable para empleadores que ejecuten obras cuyos costos individuales superen las cincuenta (50) unidades impositivas tributarias. Esta característica lleva a la conclusión de que los trabajadores de las obras con menores costos a los mencionados no tendrán acceso a los derechos del régimen especial (más beneficioso que el general), aunque sus labores sean igual de peligrosas o requieran el mismo grado de esfuerzo físico.

Como es evidente, a nuestro entender, las cuestiones señaladas afectan sin lugar a duda el principio de igualdad, lo que probablemente genere incongruencias e injusticias para aquellos trabajadores que se ven regulados por dichos ámbitos.

b) En función de la actividad del empleador

En este extremo se encuentran agrupados la gran mayoría de los regímenes laborales especiales. Evidentemente, se respeta el criterio de objetividad, y en muchos casos los demás criterios.

Quizá valga la pena hacer mención del régimen agrario, en donde si bien se regula una actividad especial, no existe una regulación precisa sobre las particularidades del régimen. Lo único de lo que versa el referido régimen es en una reducción

cuantitativa y cualitativa de los beneficios laborales en relación con el régimen laboral general.

Así, en este régimen agrario, si bien en apariencia se cumple la condición de objetividad, no se regula ninguna particularidad de la actividad, por lo que tampoco se cumplen con las condiciones de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

c) Otras formas reguladas

Si bien es cierto que los criterios antes establecidos son los comunes, se podría sostener que existen o podrían existir regímenes laborales especiales en función de las condiciones particulares del trabajador.

Así, por ejemplo, se tendría a la contratación de trabajadores extranjeros, aunque en este caso solo se regulan aspectos básicamente referidos a cuestiones migratorias y de inicio de la relación laboral, pero en la ejecución de la misma las condiciones de trabajo serían las mismas propias del régimen laboral al que pertenezca la empresa contratante.

Quizá por otro lado se podría hablar de la necesidad de crear un régimen laboral especial dirigido a los trabajadores de dirección, en donde por el nivel de identidad con el empleador, se justificaría establecer derechos menores o garantías diferenciadas.

Como se puede apreciar, la gran presencia de regímenes laborales especiales hace sospechar que quizá el régimen laboral general devenga en innecesario o inaplicable. Inclusive, con la entrada en vigencia del régimen de pequeña y microempresa (el verdadero régimen general laboral, aunque sus creadores pretendan señalar lo contrario), en un país en donde la gran mayoría del mercado laboral se encontrará regulado por este régimen, no hace más que confirmar que el régimen laboral general prácticamente ha pasado a mejor vida.

2. Tratamiento jurisprudencial

Según lo mencionado previamente, la presencia de los regímenes laborales especiales es manifiesta e importante a nivel normativo, pero el cuestionamiento de las mismas no ha tenido mayor trascendencia. Quizá el pronunciamiento más importante ha sido el referido a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360 (“Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario”), a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 027-20006-AI/TC.

A efectos de declarar la constitucionalidad del referido régimen, el Tribunal Constitucional realiza el llamado “test de igualdad”, en donde se exige el cumplimiento de tres subprincipios, a saber:

- **Idoneidad:** Toda afectación de derechos fundamentales debe ser idónea o suficiente para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, supone la presencia de legitimidad constitucional del objetivo.

- **Necesidad:** Significa que para que una afectación en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que sea suficiente para alcanzar el objetivo propuesto y que sea menos gravoso en relación con el derecho afectado.
- **Proporcionalidad:** Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional plantea un test que convenientemente ignora el criterio de objetividad para verificar la validez de un régimen laboral especial. Ello, obviamente, le permite suponer que el régimen agrario (que no regula en lo absoluto las particularidades de las actividades agrarias, sino que simplemente reduce derechos) y, eventualmente, el régimen de la pequeña y microempresa sean considerados como válidos, a pesar de que en la práctica sin justificación jurídica ni coherencia alguna reduzcan arbitrariamente los derechos de los trabajadores⁽¹¹⁾.

De acuerdo con lo antes expuesto, nos encontramos en un momento en el cual la legislación laboral enfrenta una crisis importante, quizá por el exceso de regímenes laborales especiales, pero sobre todo porque algunos de ellos (quizá los más importantes) no cumplen con las condiciones para ser considerados como válidos.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES SOBRE LA PRESENCIA DE LOS REGÍMENES LABORALES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO

No se puede evitar la coexistencia con los regímenes especiales, para bien o para mal (en este último caso, en aquellos supuestos en donde estos no deberían ser considerados válidos). Quizá, entonces, se deberían buscar la creación de mecanismos en donde lo que es negado por la ley, sea compensado de alguna otra manera.

Al respecto, se ha señalado que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para dicho fin, en donde si bien exista una regulación especial mucho más flexible, se permita a las partes a regular el contenido de las relaciones laborales de modo tal que se permita recuperar algo del terreno perdido. Por lo tanto, el convenio colectivo debería constituir el medio por excelencia para determinar, de modo

(11) Para un mayor y mayor análisis de las implicancias de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Cfr. QUIÑONES INFANTE, Sergio y SÁNCHEZ R., Christian. "Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales". En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley. Lima, 2009, pp. 291-307.

consensual, la adaptación de los contenidos económicos de las relaciones laborales, tomando en consideración las necesidades y posibilidades de las partes⁽¹²⁾.

Claro, esta posibilidad se encuentra totalmente truncada en el caso de las pequeñas y microempresas, ya que estas cuentan con menos de veinte (20) trabajadores, número mínimo requerido para constituir sindicatos en nuestro ordenamiento. Además, se tiene el gran inconveniente de que nuestro modelo de negociación fomentado por ley es el de empresa, cuando lo lógico en estos casos debería ser el de rama (relativa, por cierto, ya que estas empresas no forman una “actividad” en estricto).

Quizá así como se estableció un régimen laboral especial en materia de derechos individuales de los trabajadores (más restrictivo, con menor reconocimiento de derechos), también se debió establecer un régimen laboral especial en materia de derechos colectivos, en donde la autonomía sea mayor y se reconozcan mayores derechos.

Pues, lamentablemente, en nuestro país sucede exactamente lo contrario: se restringen derechos individuales en la misma medida en la que se restringen derechos colectivos. Así, se ha aprovechado sin resquemor alguno de la existencia de estos regímenes especiales, de los cuales se obtienen resultados injustos derivados de la notoriamente asimétrica regulación, reduciendo así los costos de los empleadores, a costa no de una mayor productividad, competitividad o formalización⁽¹³⁾, sino gracias la reducción del nivel de ingresos de los trabajadores⁽¹⁴⁾.

Se ha logrado restringir o ignorar la presencia del movimiento sindical, a efectos de reconducir la (des)regulación de la relación laboral al ámbito legal o conceder dichas prerrogativas a las partes de la misma (lo que ha supuesto la llamada “individualización del Derecho Laboral”⁽¹⁵⁾, donde evidentemente el empleador es el gran beneficiado⁽¹⁶⁾.

Resulta pues necesario o un serio análisis de la validez de los regímenes laborales especiales o el establecimiento de un mecanismo adecuado de compensación por los derechos perdidos o restringidos, siendo el camino perfecto para ello

(12) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. Organización Internacional del Trabajo. Lima, 2001, pp. 108-109.

(13) FRANCO, Julio, MARCOS-SÁNCHEZ, José y Christine BENOÎT. *Negociación colectiva articulada*. Lima: Organización Internacional del Trabajo/PLADES. 2001. pp. 16-17.

(14) Una mirada clara respecto de esta idea es la verificación objetiva de cómo en nuestro país en los últimos años ha aumentado el nivel de utilidades de los empleadores, pero las remuneraciones se han mantenido estáticas, no habiéndose generado mejoras significativas para el grueso de los trabajadores. (Cfr. CAMPODÓNICO, Humberto. “Ganancias y salarios en dirección opuesta, como siempre”. En: *Cristal de Mira*. Columna Publicada en el Diario *La República* el 4 de agosto de 2008.)

(15) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas*. p. 387.

(16) NEVES MUJICA, Javier. “Balance de la reforma laboral”. En: *Asesoría Laboral* N° 120. Lima, 2000. p. 9.

el fomento de la negociación colectiva. Ojalá alguna autoridad tomara en cuenta este aspecto.

V. REFLEXIONES FINALES

En mérito de lo antes expuesto, creemos que ha quedado claramente establecido que la creación de regímenes especiales no debe obedecer a criterios subjetivos o de conveniencia económica, sino que debe suponer la verificación de criterios objetivos, relativos a la identidad de la actividad que se realiza, antes que a las condiciones particulares del que contrata.

De otro lado, si la creación de un régimen laboral especial supone la afectación de ciertos derechos de los trabajadores, dicha afectación debería ser compensada con fomento a la negociación colectiva, para que sean los propios trabajadores, a través de la autonomía colectiva, quienes reivindiquen sus derechos.

Permitir la presencia de regímenes laborales especiales solo con el objetivo de flexibilizar y reducir costos no es posible, no es correcto y no debe ser tolerado. Lo contrario supone una vulneración del derecho a la igualdad, pero sobre todo supone alejarse de la tan ansiada justicia social.

CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO: CARENCIAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE Y AVANCES PARA SU MEJORA

Percy Alache Serrano^()*

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la migración laboral en la Comunidad Andina de Naciones⁽¹⁾ (en adelante, CAN) responde a un proceso de integración regional con el cual se pretende superar las dificultades económicas y sociales que la globalización impone a los países miembros.

Por tal motivo, resulta necesario conocer el tratamiento que le otorga la regulación vigente al trabajador migrante andino, revisar los principales fundamentos para su contratación, así como determinar las carencias existentes y mostrar los avances que se han diseñado para el fortalecimiento y protección de sus derechos fundamentales.

II. ANTECEDENTES

La CAN, nació como Pacto Andino el 26 de mayo de 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena. Integrada originalmente por Chile, Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia, con el ingreso de Venezuela, que se sumara en 1973, pero sin Chile

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del área laboral de Hernández y Cía Abogados.

(1) Actualmente, los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

que abandonó el Pacto en 1976, es uno de los procesos de integración regional con mayor trayectoria histórica.

En este bloque de integración regional, el tratamiento de la migración laboral se canalizó en forma concreta y específica en la Decisión 116, denominada “*Instrumento Andino de Migración Laboral - (IAML)*”. Esta Decisión surgió de una iniciativa de la Conferencia de Ministros de Trabajo, que fue aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en febrero de 1977.

Respondiendo a los parámetros de desarrollo de recursos humanos y de empleo regional, propuestos por el proceso de integración, la Decisión 116 tuvo por objeto facilitar el traslado de trabajadores nacionales al territorio de otro país miembro que prestaran servicios personales y subordinados.

En estricto, la Decisión 116 fue considerada una herramienta vital en el proceso de integración regional, dado que contenía definiciones y disposiciones precisas para los diferentes tipos de trabajadores migrantes, establecía procedimientos de contratación de dichos trabajadores por medio de un instrumento operativo: las Oficinas de Migración Laboral, y planteaba los mecanismos para la legalización de los inmigrantes indocumentados⁽²⁾.

El artículo 12 de la norma citada, sintetizaba los principios sobre los que se basaba: “No podrá haber discriminación alguna en el empleo de los trabajadores migrantes en razón de sexo, raza, religión o nacionalidad. En consecuencia, tendrán idénticos derechos laborales que los trabajadores del país de inmigración, inclusive los alcanzados en convenios colectivos, y recibirán igualdad de trato en lo relativo al ejercicio de los derechos sindicales, con sujeción a la legislación nacional del país de inmigración”.

Sin embargo, la Decisión 116 perdió operatividad, pues no se lograron efectivizar plenamente sus disposiciones, razón por la cual, fue dejada sin efecto a mediados de los años ochenta.

III. REGULACIÓN VIGENTE

1. Ordenamiento Internacional

Tras varios años sin una regulación expresa sobre la migración de trabajadores, en junio de 2003, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en su Undécima Reunión, aprobó una reformulación del IAML, conocida como Decisión 545, cuyo objetivo sería el establecimiento de normas que permitan la libre circulación y residencia de los nacionales andinos en la subregión, con fines laborales y bajo relación de dependencia y, además, de manera progresiva y gradual.

(2) MÁRMORA, LELIO. *Las políticas de migraciones internacionales*. Alianza Editorial. Buenos Aires, 1997, p. 272.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Decisión 545, debemos precisar que estamos ante tratado de ámbito regional, aplicable a los países miembros de la CAN y de contenido específico⁽³⁾, destinado a regular los flujos migratorios con fines laborales en el espacio comunitario.

1.1. Definición y clasificación

La Decisión 545 define como Trabajador Migrante Andino (en adelante, TMA) a aquella persona de un País Miembro de la CAN que se traslada a otro País Miembro, con fines laborales, bajo relación de dependencia, ya sea de forma temporal o permanente.

La norma clasifica al TMA de la siguiente manera:

Nº	Tipo	Definición
1	Trabajador con desplazamiento individual	Persona de un País Miembro que migra a otro con fines laborales por: (i) haber suscrito un contrato de trabajo bajo relación de dependencia o (ii) tener o responder a una oferta de empleo desde el País de Inmigración ⁽⁴⁾ , bajo relación de dependencia.
2	Trabajador de empresa	Trabajador que se traslada a otro País Miembro por un periodo superior de 180 días, por encargo de la empresa para la cual labora bajo relación de dependencia, sea que la misma ya se encuentra instalada en el otro país o tenga en trámite un proyecto para establecerse o realice un proyecto especial allí.
3	Trabajador de Temporada ⁽⁵⁾	Trabajador que se traslada a otro País Miembro para ejecutar labores que se cumplen en determinadas épocas del año y que se repiten en periodos equivalentes en cada ciclo, en función de la naturaleza de la actividad productiva.
4	Trabajador fronterizo	Trabajador que manteniendo su domicilio habitual en un País Miembro se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro País Miembro para cumplir su actividad laboral.

En cuanto a las limitaciones, los TMA no podrán ser contratados para desempeñar labores en la Administración Pública, así como en aquellas actividades que sean contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.

(3) NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Internacional del Trabajo". En: *Ius et veritas* N° 31. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, pp. 189-190

(4) **País de Inmigración:** es el País Miembro a cuyo territorio se trasladen los nacionales de otro País Miembro, en calidad de trabajadores migrantes.

(5) Para el ingreso de este tipo de trabajadores migrantes al País de Inmigración se requerirá la existencia de un contrato que ampare a uno o varios trabajadores y determine con precisión la labor el tiempo en que la misma se desarrollará. Asimismo, se les deberá garantizar lo siguiente: provisión de alojamiento adecuado, pago de los gastos de traslado, protección y facilidades para el desarrollo de sus actividades laborales, en especial, la libre movilidad de entrada y salida al inicio y término de las labores que van a desarrollar.

1.2. Principales derechos que deben garantizarse para la contratación del TMA

De acuerdo con la normativa de la CAN en general y conforme a lo previsto en la Decisión 545 en particular, los países miembros deberán garantizar al TMA el goce del siguiente núcleo de derechos:

- (a) Igualdad de trato y de oportunidades en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual. Aparentemente estaríamos ante una cláusula cerrada de motivos prohibidos; sin embargo, por tratarse de un derecho previsto en un Tratado de Derechos Humanos, debe interpretarse, de modo tal, que no son los únicos prohibidos, sino solo los más perniciosos. Por lo tanto, cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa, debería quedar comprendido⁽⁶⁾.
- (b) Sindicalización y negociación colectiva, de conformidad con la legislación nacional vigente en la materia y los Convenios Internacionales del Trabajo, ratificados por el país de Inmigración.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS) han afirmado una y otra vez los derechos fundamentales de los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, a constituir sindicatos y a afiliarse a ellos, así como de gozar de protección contra los actos discriminatorios por razones sindicales⁽⁷⁾.

- (c) Acceso a los sistemas de Seguridad Social. Cabe indicar que esta disposición ha sido complementada con la Decisión 583 o “*Instrumento Andino de Seguridad Social*”⁽⁸⁾, norma que reconoce a los TMA los mismos derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social que a los nacionales de los países miembros de la CAN. De esta manera, se preservan el goce de los siguientes derechos: (i) conservación de los derechos adquiridos y continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de Seguridad Social de los países miembros, (ii) otorgamiento de las prestaciones de salud durante su permanencia en otro país miembro, (iii) totalización de los periodos de seguro social, esto es, sumando las contribuciones realizadas en los países miembros donde haya laborado a fin de garantizar el otorgamiento de las pensiones por jubilación, invalidez o muerte, según sea el caso.
- (d) Libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo. Esta garantía dependerá de las facilidades que existan en los países miembros para

(6) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, p. 109.

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”. En: *Informe VI, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo*, 92 reunión. Ginebra: OIT. 2004, p. 83.

(8) Decisión 583, “Instrumento Andino de Seguridad Social”. Esta disposición puede ser encontrada en el siguiente enlace: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d583.htm>>.

viabilizar las transferencias de fondos. Se ha planteado la posibilidad de comprometer a los empleadores en la remisión de los fondos, dado que esto podría resolver la cuestión de los costos y de la duración de la transferencia. Así, los fondos podrían ser enviados ya sea a la cuenta del trabajador migrante en su país o a otra persona, dependiendo de la indicación del primero⁽⁹⁾.

En el caso peruano, mediante la Ley 27883 se encuentra regulada la transferencia de fondos previsionales entre el Sistema Privado de Pensiones y otros sistemas previsionales del exterior. En tal sentido, si el TMA decide retornar a su país de origen o se desplazarse a otro país miembro, podrá transferir el capital que haya acumulado en el sistema previsional del Perú al exterior para que forme parte de su futura pensión de jubilación.

Por otra parte, existen otros derechos que se han previsto en favor del TMA, tales como: (i) libertad de transferencia de las sumas adeudadas por el TMA a título de una obligación alimentaria, no pudiendo ser esta en ningún caso objeto de impedimentos; (ii) las rentas provenientes de su trabajo solo serán gravadas en el país en el cual las obtuvo y (iii) libre acceso ante las instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos.

2. Ordenamiento Nacional

En el ámbito nacional, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) emitió dos normas reglamentarias: la Resolución Ministerial N° 279-2004-TR, desarrollada por la Directiva Nacional N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT y la Resolución Ministerial N° 009-2006-TR. A través de estos instrumentos, se han establecido una serie de criterios para la aplicación de la Decisión 545.

De acuerdo con lo anterior, si el TMA desea ingresar y permanecer en el país como tal, deberá presentarse a la Oficina de Migración Laboral correspondiente⁽¹⁰⁾ para efectos de su registro y control.

Concretamente, en nuestro país se exige la presentación de un contrato de trabajo⁽¹¹⁾, el cual debe contener obligatoriamente la siguiente información: (i) Identificación del empleador, indicando su domicilio, número de identificación tributaria y la actividad económica desarrollada, (ii) Identificación del TMA señalando el número de su documento de identidad o pasaporte, sexo, edad, estado civil, domicilio, nacionalidad, actividad o puesto a ser ocupado por el trabajador y, (iii) Datos de la

(9) VAN DOORN, Judith. "Migración, transferencia de fondos y desarrollo". En: *Los trabajadores y las trabajadoras migrantes*. Educación Obrera N° 129. Documento preparado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2002, p. 58.

(10) Es la dependencia de los Ministerios de Trabajo de los Países Miembros que garantizará el cumplimiento de lo señalado en la Decisión 545. En el caso peruano la institución encargada es la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

(11) De conformidad con el procedimiento N° 50 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del MTPE, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2006-TR, el contrato deberá presentarse a través de una solicitud y en tres ejemplares, adjuntando copia del Documento de Identidad o Pasaporte del trabajador migrante andino

contratación, indicando la duración del contrato según las leyes peruanas, remuneración, jornada laboral, beneficios laborales (que no deben ser menores a los previstos para los trabajadores nacionales) y la clasificación del TMA de acuerdo con la Decisión 545 (con desplazamiento empresarial, empresa, temporada, fronterizo).

Al respecto, conviene mencionar que las autoridades administrativas del MTPE suelen realizar un riguroso control de la información requerida, por lo que en caso de omitirse algún dato se dispondrá la inmediata subsanación.

Tras una evaluación de la documentación presentada y de estar ella conforme, la Oficina de Migración Laboral expedirá la certificación que acredite la condición de TMA, facilitándole la información necesaria para su incorporación al trabajo, así como las condiciones generales a las que deberá someterse en nuestro país.

Cabe indicar que, para la contratación de los TMA no resulta de aplicación la normativa de trabajadores extranjeros, razón por la cual, no son exigibles la determinación de los porcentajes limitativos de contratación, ni la presentación de certificados de trabajo que acrediten su experiencia profesional o títulos universitarios que demuestren conocimientos teóricos, debiéndose únicamente cumplir con los requerimientos establecidos en las normas reglamentarias emitidas por el MTPE.

IV. CARENCIAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE

Los problemas de aplicación de la Decisión 545 se deben principalmente a la carente implementación de sus disposiciones en los países miembros de la CAN y, en el caso peruano, por una implementación parcial de dicha decisión.

A todo ello, se suma el hecho que hasta la fecha no se cuenta con un Reglamento Comunitario de la Decisión 545 (en adelante, el Reglamento) que permita la plena operatividad de esta norma a nivel subregional⁽¹²⁾.

Entre las disposiciones que el Reglamento deberá complementar, destacamos la determinación del ámbito de aplicación de la Decisión, vale decir, se deberá delimitar concretamente cuáles son los trabajadores comprendidos y tipificarse, de modo expreso, a aquellos que se encuentran excluidos.

Por otro lado y en consonancia con los Tratados sobre Derechos Humanos, debería establecerse en el listado de derechos fundamentales de los TMA las garantías de Seguridad y Salud en el Trabajo⁽¹³⁾, el derecho de información de los TMA sobre los derechos previstos en normas sustantivas y adjetivas en el país de inmigración, así como aquellos de carácter migratorio; y por otro lado, el fomento de los derechos de representación y participación en el proceso andino de integración.

(12) Resumen de la presentación realizada por los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de Perú durante la misión subregional de difusión de los avances de la experiencia peruana de aplicación de la Decisión 545 “*Instrumento Andino de Migración Laboral*”, de fecha 30 de junio de 2010.

(13) La Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentra desarrollada en la Decisión 584 “*Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Esta disposición puede ser encontrada en el siguiente enlace: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d584.htm>>.

Asimismo, el Reglamento deberá precisar si la aprobación del contrato de trabajo del TMA y la acreditación de la calidad migratoria en los países miembros se realizará de forma conjunta o se les otorgará un tratamiento diferenciado. Decimos esto, porque en el caso peruano se ha optado por el modelo diferenciado, requiriéndose en primer término, la aprobación del contrato de trabajo ante el MTPE para en un momento posterior tramitar la calidad migratoria ante la Dirección Nacional de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN).

Por tal motivo, se ha sostenido que si bien para la contratación de un TMA no se exige el sometimiento a las reglas aplicables a los trabajadores extranjeros, dicha facilidad no se refleja en las normas migratorias, por lo que el TMA tendrá que seguir pasando por el complicado trámite de obtener su calidad migratoria de trabajador como si se fuera cualquier extranjero⁽¹⁴⁾. Ello, lógicamente afecta al mandato de libre circulación de trabajadores que busca fomentar la CAN.

Por otro lado, una carencia de la regulación vigente que esperamos tendrá una pronta solución es la implementación del Registro del Trabajador Migrante Andino-RETMA⁽¹⁵⁾. Como es sabido, a través de este mecanismo se pretende brindar información oportuna y confiable sobre los TMA registrados ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sus condiciones de trabajo y el cumplimiento por parte de los empleadores de sus obligaciones laborales.

Actualmente, solo contamos con el siguiente cuadro estadístico que gráfica el número de contratos de TMA presentados a nivel nacional:



DIRECCIÓN NACIONAL DE RELACIONES DE TRABAJO

DIRECTIVA NACIONAL N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT

CONSOLIDADO DEL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO
II TRIMESTRE - 2008

N°	DRTPE	ABRIL				MAYO				JUNIO				TOTAL GENERAL
		Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	
1	Ancaash	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
2	Arequipa	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
3	Ayacucho	N/R	N/R	N/R	0	-	-	-	0	-	-	-	0	0
4	Cajamarca	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
5	Cusco	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
6	Huanuco	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	-	-	-	0	0
7	Ica	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
8	Loreto	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	1	N/R	N/R	1	1
9	Madre de Dios	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
10	Piura	1	N/R	N/R	1	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	1	1	2
11	Lima	23	109	31	163	14	88	40	142	23	90	42	155	460
12	Callao	N/R	N/R	N/R	0	N/R	2	N/R	2	N/R	2	N/R	2	4
TOTAL		24	109	31	164	14	90	40	144	24	92	43	159	467

Observación : N/R : Comisario que no se Registro ningún Trabajador Andino
(-): Faltó Enviar Información

(14) PUNTRIANO ROSAS, César. "Igualdad de trato en la migración laboral". En: *El Peruano*, Lima 5 de noviembre de 2009.

(15) Creado por la Directiva Nacional N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT.

Si bien se tiene un dato concreto respecto de la utilización de los contratos de trabajo de TMA, consideramos que ello resulta insuficiente, pues resultaría conveniente contar con información sobre los sectores económicos donde se desempeñan, qué tipo de beneficios vienen percibiendo y las condiciones en las que se encuentran laborando.

V. AVANCES

Ciertamente, existe plena disposición por parte de los países miembros de la CAN por dotar de contenido y operatividad a la Decisión 545, de modo tal, que se brinden mayores facilidades para libre circulación de trabajadores, pero con el consecuente respeto y garantía de sus derechos fundamentales.

Para tal efecto, en el ámbito comunitario, se vienen realizando reuniones de coordinación entre los funcionarios de los Ministerios de Trabajo de los países miembros con el objetivo de fortalecer la normativa sobre migración laboral y compartir las medidas que se han adoptado en sus países a favor de los TMA. De igual modo, existe un permanente interés por llegar a un consenso y lograr la aprobación del tan esperado Reglamento de la Decisión 545.

En sede nacional, mediante el Decreto Supremo N° 004-2010-TR, el MTPE ha dispuesto la creación de la Dirección de Migración Laboral con determinadas funciones a fin de contribuir al desarrollo y mejoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes.

Del mismo modo, se ha implementado el portal electrónico “*Perú Infomigra*” con el objetivo de ofrecer a los trabajadores que laboran o desean laborar en el exterior así como aquellos que quieren retornar a nuestro país, información y orientación, veraz y confiable sobre el proceso de migración laboral.

Debemos indicar que el portal está dirigido a cuatro potenciales usuarios: aquellos que desean trabajar en el extranjero; quienes quieren retornar a nuestro país; quienes ya laboran en el exterior; y, para los extranjeros que trabajan o quieren trabajar en el Perú.

Para el caso de los peruanos que desean viajar al exterior, se ha diseñado un esquema que empieza advirtiéndoles sobre las implicancias y dificultades de la migración laboral, para luego facilitarles el acceso a información sobre la situación del mercado laboral en la Unión Europea y la Comunidad Andina.

Con estas facilidades, se pretende que los trabajadores adopten una decisión informada y realista respecto a la posibilidad de emigrar o no.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido advertir, si bien resulta loable la intención de permitir la libre circulación y contratación de los TMA en el ámbito de la CAN, mediante el cumplimiento de determinadas obligaciones, existen algunas carencias de la regulación vigente que impiden la plena operatividad y utilización de esta figura contractual laboral.

En consecuencia, las medidas que deben implementarse y que entendemos se vienen discutiendo al interior de la CAN, están destinadas a buscar la reciprocidad entre los países miembros a fin de que todos los trabajadores del bloque regional reciban un trato laboral igualitario, de manera que un TMA de un país miembro pueda encontrar en otro un empleo con el pleno reconocimiento de sus derechos laborales fundamentales sin restricción de ninguna clase.

EL EMPLEADOR EN LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DE AERONAVES

Esther Blanca Angeles Solano

I. INTRODUCCIÓN

El tema que motiva este artículo no centra su discusión en el clásico problema de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable al personal aeronáutico (el cual ya ha sido superado largamente), sino más bien pretende especificar quién resulta el empleador en los contratos que se suscriben entre empresas nacionales y extranjeras con la finalidad de arrendar o fletar aeronaves, según se suscriba contratos de utilización de aeronaves, básicamente, con el objeto de usar directamente una aeronave o, de satisfacerse de la prestación de una actividad aeronáutica determinada por parte del propietario de la aeronave.

Efectivamente, la propia doctrina especializada en derecho aeronáutico⁽¹⁾ ha reconocido que el personal aeronáutico no se encuentra excluido del ámbito del Derecho Laboral sino que también es parte del mismo sin perjuicio de las particulares características que posee derivadas del Derecho Aeronáutico.

(1) Así, el doctor Federico Videla Escalada [En: Manual de Derecho Aeronáutico. Editorial Zavalia. Buenos Aires. 1979. pp. 207-208] ha afirmado que: “No parece necesario extremar el argumento para demostrar que **los integrantes del personal aeronáutico que cumplen funciones en relación de dependencia, dentro de una vinculación profesional de empleado a patrón, deben estar sujetas a la vigencia de las reglas [del Derecho Laboral]**”. (el énfasis y el agregado son nuestros). Más claramente, el doctor Juan Lena Paz en su Compendio de Derecho Aeronáutico [Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1987, p. 181] ha expresado lo siguiente: “(...) **las actividades específicas del personal que nos ocupa deben ser reguladas, no solamente por estrictas normas de Derecho Aeronáutico tendientes a resguardar la seguridad de la aeronavegación, sino también por disposiciones de Derecho Laboral que contemplen las particulares condiciones de riesgo bajo las cuales deben prestarse los respectivos servicios**”. (el énfasis es nuestro)

Dentro de la doctrina nacional, el doctor Julián Palacín ha sostenido lo siguiente:

“El objeto de nuestro estudio será en adelante el conjunto de personas naturales que en virtud de una licencia expedida o convalidada por la autoridad ejecutiva de aeronáutica civil del Perú competente, en este caso la Dirección General de Transporte Aéreo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, están autorizadas para desempeñar la función aeronáutica correspondiente. **Ello puede comprender como bien señala VIDELA ESCALADA a quienes lo hacen en relación de dependencia, y por tal razón, están sujetos también a los preceptos laborales y a quienes no se encuentran en tal posición, como el explotador de aeronaves que conduce su aparato**”⁽²⁾ (el énfasis es nuestro).

No podría ser de otro modo pues, que resulte plenamente aplicable el Derecho del Trabajo a los sujetos participantes en el campo aeronáutico. De este modo, en otros ordenamientos jurídicos inclusive existen disposiciones laborales dentro de la regulación aeronáutica, de forma que, la regulación laboral especial que debe regir a este tipo de trabajadores quede específicamente plasmada. Es el caso de la regulación de la República de El Salvador, Paraguay y España⁽³⁾ entre otros.

Lamentablemente, este no ha sido el caso de nuestro ordenamiento jurídico, en donde las disposiciones legislativas de Derecho Aéreo carecen de cualquier regulación de tipo laboral aplicable a dicho personal, salvo aquella relativa a las formas de acreditación de la profesionalidad requerida para el desempeño de funciones aeronáuticas (licencias, certificados, entre otros).

Siendo ello así, la materia del presente artículo es establecer el criterio determinante para advertir la existencia de una relación de trabajo en los contratos de utilización de aeronaves. Ello, debido a que, las formalidades existentes para dichos

(2) PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. *Curso De Post Grado en Derecho Aéreo y Espacial*. Tomo II. CIJEDAE Editores. Lima, 1991, p. 839.

(3) Es el caso de la regulación de la República del El Salvador, la cual mediante el Decreto N° 582, ha previsto regulaciones para las tripulaciones aéreas en materia de tiempo efectivo de trabajo y limitaciones al tiempo de vuelo, parámetros para definir lo que se entiende por periodo de servicio y periodo de descanso, entre otros. En este mismo sentido, Paraguay ha comprendido dentro de su Ley Aeronáutica dispositivos los cuales reconocen y admiten expresamente los principios del Derecho Laboral que afecten el transporte aéreo de servicio internacional y que consideren la situación específica del personal aeronáutico. Precisan-do que en materia de jornadas de trabajo, sin perjuicio de la regulación laboral existente, por razones de seguridad de vuelo y atendiendo al carácter de servicio público de la aeronáutica de transporte comercial, se aplicarán las reglas de la Organización de Aviación Civil Comercial (OACI). Por último, no queremos dejar de mencionar el caso español, el cual igualmente ha permitido la regulación del vínculo entre el explotador aéreo y el personal aeronáutico por el Derecho Laboral a través de la remisión expresa a las disposiciones laborales, reservando únicamente los conflictos de trabajo que afecten a la disciplina de vuelo, a la seguridad de tráfico aéreo o a los intereses de la defensa nacional a disposiciones especiales de otra índole.

contratos, provenientes de las normas sobre la materia o de la voluntad de las partes, han pretendido difuminar y/o encubrir una relación laboral por demás evidente.

Nos referimos, específicamente, a la relación laboral que se suscita entre una empresa arrendataria de una aeronave y los trabajadores desplazados por la empresa arrendadora, con ocasión de la suscripción de un contrato de arrendamiento de aeronave equipada y tripulada; que, bajo equívoco podría ser inadvertida, conforme explicaremos en los puntos siguientes del presente artículo. Igual situación se presentará en los contratos de intercambio de aeronaves suscritos con el objeto de concretar arrendamientos recíprocos con equipamiento y tripulación incluidos.

II. LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DE AERONAVES

Los contratos de utilización de aeronaves⁽⁴⁾, dada la creciente necesidad humana de transporte rápido, son empleados en la actualidad con una frecuencia increíble ya que implican el aprovechamiento de aeronaves individualizadas para el transporte aéreo de mercadería, personas o equipaje a cambio de una contraprestación. De este modo, permiten el empleo de aeronaves que serían imposibles de adquirir por los costos exorbitantes que una venta conllevaría. Asimismo, permiten a los transportistas disponer transitoriamente de una cantidad de material de vuelo y, consiguientemente, atender demandas excepcionales.

El doctor Videla Escala ha definido como contratos de utilización de aeronaves *los que tienen por finalidad el aprovechamiento de las mismas, mediante su empleo en una actividad específicamente aeronáutica y dan lugar a que una de las partes, a cambio de una contraprestación, adquiera el derecho al uso del goce de una aeronave o al cumplimiento por la otra parte de una determinada actividad aeronáutica, a realizar en su beneficio con una aeronave.*⁽⁵⁾

En esta misma línea, el doctor Lena Paz afirma que: *son contratos de utilización de aeronaves los que, a título oneroso, tienen por finalidad el uso de una*

-
- (4) Según el doctor RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. [En: *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*. Tomo I. Ediciones Desalma. Buenos Aires. 1986, p. 190.] dichos contratos surgen como modalidades especiales comprendidas dentro del régimen aeronáutico en virtud del propio hecho técnico que la origina, *el dinamismo, la politicidad, internacionalidad e integralidad*, estas cuatro últimas, características de la materia aeronáutica propiamente. Los caracteres del Derecho Aeronáutico citados se entienden en los siguientes términos: (i) Dinamismo: sujeto al progreso y adaptación de acuerdo a las necesidades humanas; (ii) Politicidad: subordinado a las razones políticas de los Estados; (iii) Internacionalidad: el transporte aéreo es el medio de transporte de carácter internacional por excelencia debido a la rapidez de la comunicación por aire y la naturaleza misma del espacio atmosférico, presupone la supresión de las fronteras y hace necesaria la existencia de una legislación internacional; y, (iv) Integralidad: Contiene materia de Derecho Público y Privado, Interno e Internacional, de manera tal que cualquier sistema que adopte como base para una clasificación, aparece siempre como un doble juego de relaciones, que requiere particular prevención.
- (5) VIDELA ESCALADA, Federico. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Editorial Zavalía. Buenos Aires, 1979, p. 312.

determinada aeronave conforme a su destino, cuya individualización resulta esencial a los fines del cumplimiento de la prestación contemplada en el contrato.⁽⁶⁾

Ahora bien, según doctrina, los contratos comprendidos dentro de la denominación bajo análisis son: los contratos de locación (conocidos en nuestro ordenamiento como de arrendamiento de aeronaves), fletamento y de intercambio de aeronaves. No así, el contrato de transporte o de trabajo aéreo pues, este no tiene por finalidad esencial el aprovechamiento de una aeronave en específico, nota distintiva de los contratos de utilización de aeronaves.⁽⁷⁾

Siendo ello así, los tipos de contratos de utilización de aeronaves existentes, a nivel de doctrina, en sus diferentes modalidades son los siguientes⁽⁸⁾:

a) Locación a casco desnudo

Los contratos destinados a transferir el uso y goce la aeronave, para que se cumpla con alguna actividad aérea.

b) Locación de la aeronave armada y equipada

Son las convenciones en que la transferencia del uso y goce se complementa con la cesión de contratos accesorios de trabajo celebrados con el personal de vuelo.

c) Went lease o locación mojada

Los contratos en que, además del arrendamiento de la aeronave se convienen mutuo del combustible y los lubricantes necesarios para operar la máquina durante el tiempo convenido, al finalizar el cual, aquella debe ser restituida al locador en las mismas condiciones y con la misma cantidad de elementos accesorios con que fue entregada.

d) Los contratos que implican la contratación de diversos vuelos a cumplir por una aeronave, a cambio de un precio determinado en dinero. La obligación

(6) LENA PAZ, Juan. *Compendio de Derecho Aeronáutico*. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1987, p. 198.

(7) De hecho, el doctor Videla Escalada hace un análisis de los contratos de arrendamiento, fletamento e intercambio de aeronaves como tipos de contrato de utilización de aeronaves, distinguiéndolos del contrato de transporte en los mismos términos antes esbozados. Igual tratamiento les otorga el doctor Lena Paz al momento de su estudio quien sostiene que (...) *quedan excluidos del grupo de los contratos de utilización de aeronaves lo que no se refieran específicamente a una aeronave determinada, como ocurre en el contrato de transporte o en el trabajo aéreo, en que las respectivas prestaciones consisten en el traslado de personas o cosas de un lugar a otro y en la realización de un opus predeterminado, como la fumigación de campos o la propaganda aérea. En ambos supuestos, la aeronave solo constituye el medio utilizado para el cumplimiento de la obligación asumida por una de las partes y no representa, en modo alguno, un elemento esencial del contrato.* (...)” (el énfasis es nuestro)

(8) DE FUENTES TÁLICE, Alejandro. *Contratos de fletamento de aeronaves*. XIV Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial. San Carlos de Bariloche. 1990, p. 10. Citando a: VIDELA ESCALADA, Federico. *Tratado de Derecho Aeronáutico*. Tomo III. pp. 102 y 103. Nótese que, el autor entiende que las tres primeras hipótesis caben en el caso de locación, las dos siguientes en el fletamento y las dos últimas en el intercambio.

- asumida por el explotador de la máquina consiste en realizar una obra, el vuelo o vuelos programados (por ejemplo, las agencias de viaje fletan aviones para realizar excursiones turísticas)
- e) Los contratos en que el explotador de una aeronave es contratada por una empresa para realizar por cuenta de ella un trabajo aéreo por el cual esta última percibe el precio correspondiente (por ejemplo, la realización de un relevamiento, un estudio geográfico o de fumigación, siendo que el obligado debe cumplir con una aeronave ajena)
 - f) Los contratos en que se acuerdan obligaciones recíprocas entre dos empresas transportadoras, que se obligan a cederse el uso y goce de sus aeronaves para realizar servicios combinados, en que el transportador prosigue sus vuelos sobre las rutas del otro, hipótesis llamada intercambio de aeronaves, la que se estructura sobre la base de locaciones de aeronaves armadas y equipadas, recíprocamente convenidas.
 - g) Los contratos de intercambio de aeronaves, en que las partes en lugar de arrendarse recíprocamente las aeronaves, optan por celebrar fletamentos recíprocos.

En el ordenamiento jurídico peruano, los contratos de utilización de aeronaves han merecido especial regulación. Efectivamente, el Título Quinto de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Ley N° 27621, así como el Título Quinto de su respectivo Reglamento, se pronuncian sobre los tres tipos de contratos de utilización de aeronaves posibles dentro de nuestro ordenamiento, a saber: (i) contrato de arrendamiento de aeronaves, (ii) contrato de fletamento de aeronaves y (iii) contrato de intercambio de aeronaves; cada uno con sus respectivas variantes.

A continuación, daremos una breve descripción doctrinaria y normativa (nacional) de cada uno de los mismos, no obstante ello, consideramos preciso explicar previamente la categoría de explotador aéreo, que será empleada en dicho recuento.

El explotador aéreo

A nivel de doctrina, se conoce como explotador aéreo a quien, teniendo el uso legítimo de una aeronave y el poder de dirección sobre la misma, la utiliza por cuenta y provecho propio a los fines del transporte aéreo.

En este sentido, serán caracteres del explotador aéreo los siguientes: (i) obtener un provecho propio o beneficio, quedando comprendido el transporte gratuito, (ii) tener el uso legítimo de la aeronave, (iii) utilizar la aeronave para el transporte aéreo, (iv) utilización por cuenta propia y, (v) retener el poder de dirección de la aeronave.⁽⁹⁾

(9) RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. Ob. cit., pp. 194 y 195.

Específicamente, dentro de nuestro ordenamiento, el explotador aéreo ha sido definido en el artículo 71 de la Ley de Aeronáutica Civil como *la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia, aún sin fines de lucro, conservando su conducción técnica y dirección de la tripulación*. Adiciona el artículo 72 de la Ley de Aeronáutica Civil que: *el propietario es explotador de la aeronave, salvo cuando se transfiera esa condición por contrato debidamente inscrito en el Registro Público de Aeronaves. La inscripción libera al propietario de las responsabilidades inherentes al explotador*. En iguales términos se ha pronunciado el Reglamento de la Ley (artículos 133 al 135).

Siguiendo a Lena Paz⁽¹⁰⁾, precisamos dos de las principales características anotadas en la definición de explotador aéreo:

- Utilización por cuenta propia: implica, además del uso, el poder de dirección sobre la navegación de la aeronave y sobre la tripulación, por cuyo motivo quedan comprendidos en el concepto de explotador el propietario que la utiliza directamente en su propio beneficio, ya sea con fines lucrativos (por ejemplo, transporte remunerado de personas o cosas) o no lucrativos (turismo, deportes, expediciones científicas, entre otros) ya que, quien utiliza la aeronave, obtiene un beneficio por el solo hecho de usarla; quienes utilicen la aeronave a mérito de un contrato que les transfiera su tenencia, como el locatario, el usufructuario o el comodatario.

Téngase presente, que no podrá ser explotador el fletador de la aeronave puesto que el respectivo contrato solo le confiere los servicios de navegabilidad, ejecutados mediante dependientes del fletante.

- Tenencia legítima de la aeronave: el usuario debe basar la tenencia de la aeronave en un título legítimo, como por ejemplo la propiedad, el arrendamiento, el comodato, el usufructo, entre otro. En este sentido, no podrá ser considerado explotador quien se hubiera apoderado de la aeronave mediante un acto ilícito, aunque la utilice por cuenta propia, respondiendo por los daños que ocasione por el uso sin consentimiento del explotador.

Los contratos de utilización de aeronaves en particular

Entendido así, el término de explotador aéreo, exponemos cada uno de los contratos antes señalados siguiendo la serie de definiciones y aproximaciones

(10) LENA PAZ, Juan. Ob. cit., pp. 213 y 214.

efectuadas por los doctores Juan Lena Paz⁽¹¹⁾, Federico Videla Escalada⁽¹²⁾, Agustín Rodríguez Jurado⁽¹³⁾, Juan Palacín Fernández⁽¹⁴⁾ y De Fuentes Tállice⁽¹⁵⁾:

(i) Contrato de arrendamiento de aeronaves

A nivel de doctrina, este contrato ha sido denominado “locación” sin perjuicio de poseer la misma naturaleza e implicancias que un arrendamiento, al considerarse la relación entre ambos como de especie a género. Por ello, es común encontrar en la doctrina referencia al contrato de locación más no al de arrendamiento. Hecha la aclaración y atendiendo a tres de los principales elementos presentes en la definición, puede entenderse al contrato de arrendamiento de aeronaves como aquel en que una de las partes, el arrendador, se obliga a conceder a la otra, el arrendatario, el uso y goce temporal de una aeronave específicamente determinada con o sin tripulación, a cambio del pago de un precio cierto.

Ahora bien, comoquiera que el uso y goce de la aeronave por parte del arrendatario solo se logra con la detentación de la aeronave, el arrendador tiene la obligación de entregar la aeronave cuyo uso y goce se transfiere, siendo este uno de los efectos principales del contrato de arrendamiento.

Como es lógico, la aeronave entregada para su utilización deberá encontrarse en un buen estado de aeronavegabilidad, siendo el caso que, el arrendatario deberá mantenerla en condiciones durante la vigencia del contrato de arrendamiento para su devolución en las mismas condiciones en que le fuera otorgada.

Lo anterior trae como consecuencia que en este tipo de contrato se transfiera la calidad de explotador de la aeronave del arrendador al arrendatario, siendo el efecto de mayor valor jurídico y que marca la nota para la existencia de un arrendamiento. De modo tal que, sea el arrendatario quien esté facultado legítimamente para conducir técnicamente la aeronave y dirigir a la tripulación.

Así también, comoquiera que el arrendador se desentiende de la gestión técnica y comercial de la aeronave, cuya responsabilidad es asumida por el arrendatario, con todas las consecuencias y en relación con todos los hechos emergentes de la operación de aquella, es necesario que el contrato de se encuentre inscrito en el Registro Aeronáutico.

(11) LENA PAZ, JUAN. Ob. cit., pp. 201-213.

(12) VIDELA ESCALADA, Federico. Ob. cit., pp. 304-335.

(13) RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. Ob. cit., pp. 195-198.

(14) PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Ob. cit., pp. 920-974.

(15) DE FUENTES TÁLICE, Alejandro. Ob. cit., pp. 10-17. Precisamos que este autor únicamente trata el contrato de fletamento.

Hacemos especial mención al carácter *intuitu personae* de este contrato en el que dada la transferencia de la calidad de explotador aéreo que opera, es necesaria la conformidad del arrendador para que el arrendatario proceda, de ser el caso, al subarrendamiento o a la cesión del arrendamiento.

Puntualmente, en este contrato el plazo puede determinarse de dos maneras, lo más común es fijarlo en cantidad de viajes o, en distancias a recorrer en las operaciones previstas.

En cuanto a las modalidades de contratos de arrendamiento, podemos aludir a las siguientes:

- Una aeronave desarmada, a casco desnudo, corriendo por cuenta del arrendatario el aprovisionamiento y la contratación de la tripulación.
- Una aeronave armada y tripulada, es decir, el arrendador entrega al arrendatario la aeronave provista de su personal de vuelo. Supone la firma de un contrato de cesión de personal suscrito por el arrendador (y que cuente con pleno consentimiento de sus trabajadores).

En nuestro ordenamiento, los artículos 61 a 66⁽¹⁶⁾ de la Ley de Aeronáutica Civil, y 117 a 125⁽¹⁷⁾ de su respectivo Reglamento han desarrollado este tipo de contrato en los términos antes anotados.

(ii) Contrato de fletamento

El contrato de fletamento es aquel por el cual una de las partes (fletante), quien conserva su calidad de explotador, se obliga hacia la otra (fletador) a realizar con una aeronave determinada, mediante el pago de un precio (flete), uno o más viajes pre establecidos (fletamento por viajes) o bien, los que indique el fletador dentro del plazo estipulado en el contrato, reservándose el fletante la conducción técnica de la aeronave y la dirección de la tripulación (fletamento a tiempo).

En este sentido, a diferencia del arrendamiento el compromiso del fletante (propietario de la aeronave) recae en la prestación de una actividad, siendo este el objeto del contrato de fletamento y no así el traspaso de la tenencia de la aeronave. Efectivamente, es por ello que tampoco existe una transferencia de la calidad de explotador aéreo, pues la necesidad de contar con las facultades de conducir técnicamente la aeronave y de dirigir a la tripulación persisten en la persona del fletante.

(16) Ver artículos 61 al 66 de la **Ley de Aeronáutica Civil, Ley N° 27261**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2000.

(17) Ver artículos 117 al 125 del **Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC**, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 5 de mayo de 2002.

Así pues, en este contrato el fletante cumple su obligación básica con la sola puesta a disposición del fletador la capacidad de transporte en la medida contratada, y realizar el viaje o viajes contratados o hacer volar la aeronave durante el término, con los destinos y en la forma convenida.

En la práctica, el fletamento aeronáutico es siempre total, es decir que se realiza con un fletador único, aunque en algunos contratos especiales el fletante se reserva una parte de la capacidad de carga útil de la aeronave, no para ser utilizada por un tercero sino para ser utilizada para sí mismo.

La legislación nacional ha dispuesto esta figura en los términos antes anotados en los artículos 67⁽¹⁸⁾ de la Ley de Aeronáutica Civil y, 126-128⁽¹⁹⁾ de su respectivo Reglamento.

(iii) Contrato de intercambio de aeronaves

El contrato de intercambio de aeronaves es un contrato complejo en que dos o más explotadores de aeronaves se ceden recíprocamente el derecho de utilizar sus respectivas máquinas en el cumplimiento de las operaciones fijadas de común acuerdo.

De este modo, este tipo de contrato supone la existencia de dos servicios cuyas rutas tienen un punto en común y donde las mismas concluyen o se unen, y a partir de la cual la aeronave de la empresa A, por ejemplo, es utilizada por la empresa B en la ruta concedida o autorizada a esta última y viceversa.

Es preciso señalar que las dos principales características de este contrato son la reciprocidad en la utilización y que esta figura contractual se apoya en locaciones o fletamentos recíprocos. Efectivamente, la operatividad de este contrato se viabiliza mediante la suscripción de contratos de arrendamiento o de locación recíproca.

Esta fórmula se presenta cuando una empresa concesionaria no cuenta con suficientes aeronaves para cumplir los servicios que sus derechos de tráfico señalan. Es decir, se trata de una forma de colaboración entre empresas que son sujetos habituales de dicho tipo de actos, circunstancia real que lleva a considerarlos como los únicos que pueden celebrarlos.

Nuestra legislación ha regulado esta figura en los artículos 69⁽²⁰⁾ de la Ley de Aeronáutica Civil y 129 -131⁽²¹⁾ de su respectivo Reglamento.

(18) Ver artículo 67 de la **Ley de Aeronáutica Civil, Ley N° 27261**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2000.

(19) Ver artículos 126 al 128 del **Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC**, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 5 de mayo de 2002.

(20) Ver artículo 69 de la **Ley de Aeronáutica Civil, Ley N° 27261**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2000.

(21) Ver artículos 129 al 131 del **Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC**, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 5 de mayo de 2002.

III. EL PERSONAL AERONÁUTICO

A continuación, haremos unas precisiones sobre el personal aeronáutico, el cual se encuentra integrado por “(...) quienes ponen su actividad profesional al servicio de la navegación aérea en condiciones razonables de eficiencia, economicidad y seguridad, y que por lo tanto hacen factible la actividad navegatoria específica”.⁽²²⁾

Efectivamente, el doctor Lena Paz afirma que:

“(...) el ejercicio de la conducción aeronáutica requiere del concurso de personas especialmente capacitadas al efecto, no solamente para la conducción de la aeronave, la operación y mantenimiento de los respectivos equipos necesarios para su navegación y el cumplimiento de ciertos servicios administrativos o complementarios que se prestan a bordo (comisarios, azafatas, entre otros), sino también para la atención de las instalaciones en la superficie que aportan a la mencionada actividad una ayuda terrestre (infraestructura)”⁽²³⁾.

Tipos de personal aeronáutico

De ahí que, a partir del lugar donde el personal aeronáutico desempeñe sus labores, este se divide en dos: (i) personal aeronavegante o de vuelo, que integra la tripulación de la aeronave y, el (ii) personal no navegante o de tierra, quien cumple desde la superficie tareas de apoyo a la navegación aérea (jefes de aeródromo, controladores de tránsito aéreo, mecánicos de talleres de mantenimiento de aeronaves y sus equipos, entre otros)⁽²⁴⁾.

Así lo ha esquematizado Lena Paz (entre otros), quien además ha señalado que

“(...) el personal de vuelo o aeronavegante se subdivide a su vez en: a) personal con funciones técnicas directamente vinculadas con la conducción de la aeronave y la seguridad y regularidad de vuelo (comandante, copiloto, navegador, operador de radiocomunicaciones, mecánico de a bordo, entre otros); y, b) personal con funciones auxiliares ajenas al manejo de la aeronave, que pueden tener carácter administrativo (comisarios de a bordo), o bien de atención a los pasajeros (azafatas)”⁽²⁵⁾.

Profesionalidad

Ahora bien, una de las características de este personal es la necesidad de profesionalización, pero no se trata de ningún modo de una cualidad determinante

(22) PALACÍN FERNÁNDEZ, Julián. Ob. cit., p. 837. Precisamos que el doctor LENA PAZ, Juan. Ob. cit, p. 180. considera finalmente como personal aeronáutico a quienes cumplen funciones cuya regulación deba necesariamente fundamentarse en la especialidad del Derecho Aeronáutico.

(23) LENA PAZ, JUAN. Ob. cit., p. 179.

(24) LENA PAZ, JUAN. Ob. cit., p. 180.

(25) Idem.

ya que, en otras áreas profesionales también se requiere de especialización. Así, el doctor Julián Palacín Fernández concluye que:

“Considero al respecto que la profesionalidad es fundamental para el desempeño de la función aeronáutica, y en tal sentido coincido con la opinión de Lena Paz en atención a que la interrelación del mundo actual exige una especialización permanente en todas las áreas del conocimiento máxime en un sector como el aéreo se requiere de auténticos profesionales al servicio de una actividad como la navegación aérea que se ha convertido en un factor fundamental en la vida de los pueblos. Esta profesionalidad que consideramos que califica al personal a través de la licencia y habilitación correspondiente”⁽²⁶⁾.

Este criterio de profesionalidad del personal aeronáutico también ha sido corroborado por nuestra Ley de Aeronáutica Civil al contemplar en su artículo 73 al establecer la obligación de que dicho personal, sea de vuelo o de superficie, posea títulos profesionales, certificados de aptitud o licencias aeronáuticas expedidas o convalidadas por la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Es más, el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil ha definido al personal aeronáutico en términos de profesionalidad. Así, el referido dispositivo legal señala lo siguiente:

Artículo 136

El personal aeronáutico es toda aquella persona que realiza funciones profesionales o técnicas especializadas vinculadas a la aeronáutica civil y que cuentan con los títulos profesionales, licencias aeronáuticas o certificados de aptitud expedidos o convalidados por la DGAC.

Como señalamos en la parte introductoria el régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los miembros del personal aeronáutico es tanto propia del Derecho Aeronáutico como del Derecho Laboral y, no cabe duda al respecto.

IV. EL EMPLEADOR EN LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DE AERONAVES

En nuestro ordenamiento se entiende que la presencia de una relación de trabajo se define sobre la base de la existencia de tres elementos, a saber: (i) prestación personal de servicios, (ii) remuneración a cambio de la puesta a disposición y (ii) el rasgo tipificante de este tipo de relación (laboral): la subordinación.

Efectivamente, según el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Ley N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), ha dispuesto que: “(...) en toda prestación

(26) PALACÍN FERNÁNDEZ, JULIÁN. Ob. cit., p. 838.

personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Siguiendo al doctor Neves Mujica⁽²⁷⁾, consideramos como elementos de la relación jurídica laboral aeronáutica los siguientes:

(i) La prestación personal de servicios

Refiere a que la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, es la específica de un trabajador determinado. De aquí deriva, que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, quien puede ser una persona natural o una persona jurídica. Y, también se diferencia de los contratos civiles en los cuales la persona que se obliga al cumplimiento de una determinada prestación puede tratarse de una persona natural o una persona jurídica.

Puntualmente, este requisito deriva en que sea una persona concreta la que se encarga de ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni –menos aún- transferirla en todo o en parte a un tercero. De este modo, lo establece el artículo 5 de la LPCL en que solo se admite que excepcionalmente, en determinados supuestos, se cuente con la colaboración de familiares directos dependientes.

(ii) La remuneración a cambio de la puesta a disposición

Se considera remuneración al íntegro de lo que percibe el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la LPCL. Resáltese que si bien es contraprestativo el pago, basta la mera disposición para adquirir el derecho a la percepción de remuneración. Téngase, igualmente presente que el pago puede ser tanto en especie como en dinero.

(iii) La subordinación

Ha sido entendida como el rasgo tipificante de la existencia de una relación de naturaleza laboral y consiste en el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Así pues, hace alusión a sujeción, de un lado, y dirección, del otro, siendo ambos los dos aspectos centrales y propios del contrato de trabajo, de acuerdo a lo definido en el artículo 4 de la LPCL.

De acuerdo, al artículo 9 de la LPCL este poder de dirección comprende las facultades del empleador de dirigir (impartir instrucciones específicas o generales), fiscalizar (verificar el cumplimiento adecuado de las instrucciones que

(27) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección Textos Universitarios*. Lima, 2007, pp. 29-35.

le son impartidas al trabajador) y sancionar al trabajador (en caso de inobservancia de las instrucciones imputable al trabajador, el empleador podrá sancionarlo), siempre dentro del marco de razonabilidad que enmarca la propia prestación del trabajador y el pleno goce de sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, queremos manifestar que son elementos que coadyuvan a determinar la existencia de subordinación, reconocidos por la doctrina en general, la organización de los servicios que deben ser brindados por el empleador, a exclusividad a favor del acreedor del servicio, la continuidad o no en la prestación del servicio, el control por el contratante del tiempo, lugar y forma en que se prestan los servicios, el sometimiento a un horario de trabajo, la posibilidad de que la persona que se beneficia por los servicios puede adoptar medidas disciplinarias contra quien las presta.

Como es evidente, nuestro ordenamiento no ha procedido a definir el vínculo jurídico laboral sobre la base de la determinación específica de los sujetos integrantes de la misma. No obstante ello, en principio, será empleador, en una relación laboral dentro del ámbito aeronáutico, quien ejerza el poder de dirección (en sus tres facultades) sobre una persona natural que desarrolle sus servicios de forma subordinada y remunerada.

¿Es el explotador aéreo el empleador en la relación jurídica aeronáutica?

No obstante ello, a nivel aeronáutico, como hemos señalado precedentemente, se ha entendido que el explotador aéreo es quien cuenta con la facultad de dirigir a la tripulación. En este sentido, nos preguntamos ¿es el explotador aéreo verdaderamente el empleador? ¿la facultad de dirección que le confiere la Ley de Aeronáutica Civil al explotador aéreo sobre la tripulación equivale a la subordinación conceptualizada en términos laborales? ¿cuenta efectivamente el explotador aéreo con la posibilidad de ejercer las facultades de dirección, fiscalización y sanción antes descritas sobre la tripulación?

Nosotros proponemos que, efectivamente, el explotador aéreo en los contratos de utilización de aeronaves es siempre el empleador dentro de la relación jurídica laboral aeronáutica con la tripulación.

Sin embargo, a primera vista surge el siguiente problema práctico. Salvo que el comandante de aeronave sea el propio explotador aéreo (empleador) no podrá concebirse a este último como empleador. Pues, como se sabe, es el comandante de vuelo quien asume las facultades de un “empleador” frente a la tripulación durante el vuelo.

Nos explicamos, las aeronaves deben tener determinadas para sí una máxima entidad en la aeronave durante el vuelo que, es a quien se denomina el comandante de aeronave.

Efectivamente, el artículo 74⁽²⁸⁾ de la Ley de Aeronáutica Civil señala como atribuciones del comandante de aeronave muchas funciones propias de un empleador, por lo que hay quienes han afirmado que el comandante de aeronave no goza de una “subordinación jurídica completa”, suscitando situaciones en las cuales un tercero distinto al explotador podría ser el empleador.

De hecho, el doctor Federico Videla Escalada ha afirmado que:

“(…) la subordinación jurídica del comandante no es completa y que, por consiguiente, el comandante conserva su intacto poder de decisión y que inclusive puede contrariar las explotaciones del explotador cuando se refiere a la realización del vuelo, ya que está facultado para no volar aunque aquel se lo ordene si considera que existen riesgos que comprometen la seguridad de la operación”⁽²⁹⁾.

(28) Artículo 74 de la Ley de Aeronáutica Civil, Ley No. 27261, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2000.

74.1 Toda aeronave debe tener a bordo un piloto habilitado para conducirla, investido de las funciones de comandante. Su designación corresponde al explotador, de quien será su representante. Cuando no exista persona específicamente designada, se presumirá que el piloto al mando es el comandante de la aeronave. La reglamentación establecerá los requisitos y formalidades para desempeñarse en el cargo.

74.2 La competencia del comandante de la aeronave se ejerce, especialmente, en lo siguiente:

a) Como única y máxima autoridad a bordo, será responsable de la conducción y seguridad de la aeronave y su tripulación, de los pasajeros y equipaje, de la carga y del correo, desde que se haga cargo de la aeronave para emprender el vuelo, aunque no ejerza la función propia del piloto al mando. La responsabilidad del comandante cesa cuando finaliza el vuelo y hace entrega de la aeronave a la autoridad competente o al explotador o su representante;

b) Tiene poder de dirección sobre la tripulación y de autoridad sobre los pasajeros;

c) Debe velar por la seguridad de los pasajeros, así como del equipaje, carga y correo. Asimismo, puede rehusar o condicionar el transporte de pasajeros por razones debidamente justificadas;

d) Tiene la obligación de asegurarse, antes de la partida, de que las condiciones operativas de la aeronave garanticen la seguridad del vuelo a realizar, pudiendo disponer su suspensión, bajo responsabilidad;

e) No puede ausentarse de la aeronave sin tomar las medidas necesarias para garantizar su seguridad. En caso de peligro, está obligado a permanecer en su puesto hasta tomar las medidas necesarias para salvar a los pasajeros, la tripulación y los bienes que se encuentren a bordo, así como para evitar daños en la superficie;

f) En caso de muerte de un pasajero o miembro de tripulación, debe adoptar las medidas de seguridad a fin de resguardar los efectos personales que pertenezcan al fallecido, entregándolos bajo inventario a la autoridad competente en la primera escala. Si dicha escala fuese realizada en el exterior del país, el hecho será puesto en conocimiento del cónsul peruano;

g) Registra en los libros correspondientes, los nacimientos y defunciones ocurridos a bordo, debiendo remitir copia autenticada del registro a la autoridad competente del Perú, cuando corresponda, a la del Estado de matrícula de la aeronave. Igual procedimiento deberá adoptar con relación a los matrimonios y testamentos celebrados y otorgados in extremis a bordo;

h) Está obligado a reportar en el informe técnico de vuelo todas las discrepancias relativas al funcionamiento de la aeronave, sus sistemas, componentes e instrumentos, así como los hechos relevantes que observe o sucedan durante el vuelo;

i) Tiene derecho, aun sin mandato especial y cuando las circunstancias lo exijan, a efectuar las compras y gastos necesarios para llevar a cabo el viaje y para salvaguardar a los pasajeros, equipajes, carga y correo transportados, y

j) Tiene el derecho de arrojar durante el vuelo, si lo considera indispensable, las mercancías o equipajes transportados, a fin de asegurar la aeronave

(29) VIDELA ESCALADA, Federico. Ob. cit., p. 224.

En principio, enfatizamos en que el comandante de aeronave es pues, un mero trabajador designado por el explotador aéreo que si bien es jerárquicamente superior a la tripulación dentro de la aeronave en vuelo, frente al explotador es un trabajador más, igualmente integrante del personal aeronáutico bajo su cargo.

Así, el doctor Videla Escalada ha señalado que:

“(…) la noción de personal aeronavegante es sencilla, ya que comprende a todas las personas que cumplen funciones a bordo de una aeronave, o sea las embarcadas en ella para atenderla, bajo las **órdenes del comandante, quien naturalmente, también lo integra**”⁽³⁰⁾. (el énfasis es nuestro)

Ahora, si bien es cierto que, como afirma el doctor Videla, el comandante de la aeronave tiene poderes privados y públicos⁽³¹⁾ en el desempeño de sus funciones, muchos de los cuales suponen independencia técnica; no creemos que su subordinación jurídica a la figura del explotador aéreo no sea plena pues, todas las actividades del comandante de la aeronave se enmarcan dentro del “círculo rector y organizativo del empresario”, como lo ha señalado el doctor Blancas Bustamante, al hacer referencia a los nuevos criterios determinantes de la existencia de subordinación. En efecto, dicho autor se pronuncia en los siguientes términos:

“La idea, por lo tanto, de que el trabajador se encuentra subordinado porque debe realizar la prestación del servicio a que se ha obligado acatando las reglas, instrucciones u órdenes del empleador se encuentra sólidamente establecida, pero, con la evolución de las formas productivas y la organización empresarial, se ha flexibilizado. Así se ha llegado a un concepto más amplio, según el cual, para que aquella exista, basta que el trabajador labore dentro del “círculo rector y organizativo del empresario”, aunque en su labor cotidiana goce de un elevado grado de independencia técnica, como ocurre con quienes prestan labores intelectuales o profesionales. **El elemento decisivo en la noción de subordinación es, por consiguiente, el hecho de que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, independientemente de la mayor o menor subordinación técnica o del grado de fiscalización a que esté sometido en el desempeño de sus labores, situación esta que se verifica plenamente cuando el primero realiza su trabajo dentro del marco de la organización empresarial de la que es titular el segundo, lo cual, precisamente por ello, permite distinguir en última instancia el trabajo subordinado del trabajo autónomo o por cuenta propia**” .⁽³²⁾ (el énfasis es nuestro)

(30) VIDELA ESCALADA, Federico. Ob. cit., p. 211.

(31) Los poderes públicos del comandante de aeronave resultarán únicamente un límite razonable a la subordinación a la cual está sujeto frente a su empleador, el explotador aéreo.

(32) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007, p. 98.

Por ello, en la práctica no resultará determinante que el comandante de aeronave se encuentre subordinado técnicamente al explotador aéreo para determinar la subordinación jurídica existente en dicho vínculo, pues basta que se encuentre dentro del círculo rector y organizativo del explotador, a pesar de gozar de su independencia técnica.

En este sentido, no deja de ser empleador el explotador aéreo por no proceder al ejercicio directo de las facultades de dirección, fiscalización y sanción sobre la tripulación sino a través de un tercero dependiente como es el comandante de vuelo ya que, finalmente, la asunción del riesgo generado tanto para pérdidas como beneficios que el desarrollo de la actividad aeronáutica conlleve serán propios del explotador aéreo que contrató la tripulación y, no de esta propiamente.

Así, el doctor Rodríguez ha señalado que: “es evidente que el carácter de explotador implica tener por sí o por medio de dependientes la dirección de la aeronave, la facultad de disponer sobre la forma de su ejercicio, y, en su caso, de impartir directivas a la tripulación, siempre que la utilización se efectúe por cuenta propia”⁽³³⁾.

En materia laboral, doctor Elmer Arce, a partir del criterio referido al “ámbito de organización de un empresario”, posibilita concluir en idéntico tenor, debido a que:

“El trabajador ha de prestar el servicio a otro, a un empresario, y es este último el que debe asumir el riesgo de la actividad empresarial. El éxito o fracaso económico de la empresa, no enerva al empresario de sus obligaciones laborales. Así, cumplida la prestación del trabajador, el salario se encuentra garantizado, sea cual fuere el resultado de la actividad dirigida por el empresario”⁽³⁴⁾.

A idéntica conclusión arribamos si aplicamos el criterio de ajenidad, en los términos explicados por los doctores Oscar Emida y Oscar Hernández.

“En el contrato de trabajo, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador, preste sus servicios personales, de que el producto de lo mismo nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo.

(...)

En efecto, solo si el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajenaba los futuros frutos de su trabajo independientemente de la remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos

(33) RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. Ob. cit., p. 195.

(34) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores. Lima, 2008, p. 82.

de la empresa, se justificaba que aquel no fuera socio. Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir, por la ajenidad⁽³⁵⁾.

Así, creemos que es cierto lo afirmado por Lena Paz y, por cierto, se concide con los términos laborales antes expuestos pues, solo de la pronta determinación de quién es el explotador aéreo, podría establecerse quién asume las responsabilidades frente a cualquier eventualidad en su calidad de propietario de los bienes y, extensivamente, aquella de implicancia laboral que surja para la tripulación que esté subordinada.

Efectivamente, el doctor Lena Paz señala que:

“(…) la utilización de aeronaves por quienes no son sus propietarios, con las distintas modalidades que puede asumir en la práctica, impone la necesidad de determinar quién será el responsable de las obligaciones que resulten de tal utilización, como ocurrirá por ejemplo en el supuesto de daños causados a terceros en la superficie, que son totalmente ajenos al contrato celebrado entre el cedente y el cesionario del uso de la aeronave⁽³⁶⁾.”

Ya aclarada la situación de subordinación del comandante de aeronave frente al explotador aéreo y, la calidad de empleador del explotador aéreo bajo criterios de ajenidad y “ámbito de organización del empresario”, consideramos preciso señalar que admitir lo contrario traería una serie de problemas.

De hecho, afirmar que el comandante de aeronave no se encuentra subordinado al explotador aéreo dada las facultades independientes que posee con ocasión de la tecnicidad de su profesión, generaría que en los casos donde se suscriban contratos de arrendamiento de aeronaves equipados y tripulados, el empleador del personal aeronáutico termine siendo el arrendador y, no así quien ocupa la calidad de explotador aéreo, es decir, el arrendatario.

Nos referimos al supuesto en el cual la empresa A con ocasión de un contrato de arrendamiento de aeronave equipada y tripulada celebrado con B, como es lógico, le cede sus trabajadores (previo consentimiento de estos). En este sentido, comoquiera que la tripulación sujeta a cesión era parte de la empresa A, podría cometerse el equívoco de pensar que el personal desplazado al mando del comandante de aeronave de A, continúa bajo relación de dependencia de A. Ello debido a que,

(35) ERMIDA URIARTE, Oscar y; HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *De-recho del Trabajo. Revista Mensual de Jurisprudencia, doctrina y legislación*. Año LXIII. Número VIII. La Ley. Buenos Aires, 2003, p. 1178.

(36) LENA PAZ, Juan. Ob. cit., p. 213.

finalmente el comandante de aeronave de A será quien dirija a la tripulación para la prestación del servicio, si bien ello, dentro de la esfera de B.

No por nada asombra al doctor Rodríguez Jurado que “con respecto a la tripulación se presenta el caso curioso de que sin dejar de mantener su relación de dependencia específicamente laboral con el locador, es el locatario quien imparte las instrucciones relativas a la realización de los vuelos, en tanto y en cuanto ello no escape de las facultades que le confiere el contrato y no interfiera con el aspecto público de las funciones del comandante”⁽³⁷⁾.

No cabe pues, supuesto de caso curioso alguno pues, la regulación es clara al concebir que la calidad de explotador aéreo es transferida del arrendador al arrendatario en los casos en que se pacta un contrato de arrendamiento de aeronave tripulada y equipada, implicando la cesión de los trabajadores previo consentimiento expreso de los mismos a su mando, con la consiguiente calidad de empleador al determinar el traspaso de la facultad de dirección de la tripulación.

Así, aunque en nuestra normativa aeronáutica no se haya hecho especial mención a la necesidad de un acuerdo de cesión de personal al momento de suscribir un contrato de arrendamiento de aeronave (tripulada y equipada) es preciso ello, conforme lo afirma el doctor Lena Paz, quien señala que:

“La locación puede recaer sobre: (...) una aeronave armada y tripulada, quedando la tripulación bajo la dependencia del locatario. En esta última hipótesis es menester el previo consentimiento de los tripulantes para la cesión del locatario de los respectivos contratos de trabajo, ya que al cesión implica una importante modificación de la relación laboral y, por otra parte, nuestro derecho no admite la cesión convencional de obligaciones de acuerdo al acreedor”⁽³⁸⁾.

En la misma línea de lo que venimos afirmando, cuando en el punto (9) de la letra (b) del artículo 2 de las Regulaciones Aeronáuticas del Perú N° 61⁽³⁹⁾, se advierten dos modalidades de contratación de personal aeronáutico, a saber, la directa y la indirecta, creemos que las mismas basan su distinto carácter en si surgen de un contrato de trabajo o en una cesión de personal, conforme exponemos a continuación:

- (i) la contratación directa, cuando el personal es contratado, valga la redundancia, directamente por el explotador aéreo nacional mediante un contrato de

(37) RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. Ob. cit., p. 197.

(38) LENA PAZ, Juan. Ob. cit., p. 202.

(39) **Punto (9) de la letra (b) del artículo 2 de las Regulaciones Aeronáuticas del Perú N° 61.**

“(b) Los requisitos para obtener la autorización son los siguientes:

(...) (9) Formato de notificación del contrato celebrado con el explotador aéreo nacional cuando el personal extranjero sea contratado directamente por dicho explotador o en el caso que el personal sea obtenido por contratación indirecta, copia simple del acuerdo, convenio o contrato celebrado con el explotador aéreo extranjero que acredite que el vínculo laboral del personal es mantenido con dicho explotador y que el personal no percibe renta de fuente peruana. (...)”

- trabajo y, por lo tanto, existe un vínculo laboral con un empleador nacional, el cual se circunscribe en el marco de la normativa laboral nacional y,
- (ii) la contratación indirecta, cuando el personal es contratado por el explotador aéreo nacional pero, a través de la cesión de personal de la empresa extranjera por lo que, existen igualmente obligaciones laborales al amparo de la normativa nacional al respecto que deban ser cumplidas por el explotador aéreo nacional.

De todo lo expuesto, es claro que el explotador aéreo siempre reviste la calidad de empleador al detentar la dirección de la tripulación, inclusive en los contratos de utilización de aeronaves donde medie traspaso de dicha calidad, no cabe duda que los empleadores para cada una de dichas modalidades contractuales registradas bajo el criterio antes anotado serán los siguientes:

- **Contrato de fletamento**
El empleador claramente será el fletante quien conserva la calidad de explotador aéreo en tanto únicamente se compromete a la prestación de una actividad aeronáutica, considerándose que finalmente, solo presta un servicio con su propio personal.
- **Contrato de arrendamiento de aeronaves (sin equipamiento ni tripulación):**
El empleador, sin lugar a dudas, será la empresa de aeronaves arrendataria pues, el personal será propio. No existirá conflicto, solo se arrienda la aeronave.
- **Contrato de arrendamiento de aeronaves (equipada y tripulada):**
Conforme hemos delineado en los párrafos precedentes, el empleador será la empresa arrendataria, por ser quien en su calidad de explotador aéreo subordina laboralmente hablando al personal aeronáutico cedido por la empresa arrendadora.
- **Contrato de intercambio de aeronaves basado en arrendamientos recíprocos**
El empleador dependerá de si los arrendamientos son de aeronaves (equipadas o tripuladas), conforme explicamos puntos arriba.
- **Contrato de intercambio de aeronaves basado en fletamentos recíprocos**
El empleador será siempre el fletante, conforme explicamos en párrafos precedentes.

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto queda claro que:

1. La figura del explotador aéreo tiene a su cargo el ejercicio de la dirección de la tripulación, determinando ello, bajo los criterios de “ajenidad” y de “ámbito

de organización del empresario”, la existencia de subordinación entre la persona del explotador aéreo y quienes realizan prestaciones en relación de dependencia a su favor. En este sentido, las facultades de dirección, fiscalización y sanción, que son de cargo del explotador aéreo, son desempeñadas directamente por el comandante de la aeronave que él designa y que, se encuentra subordinado a su persona.

2. En los contratos de utilización de aeronaves, como es el caso del arrendamiento de aeronaves tripuladas y equipadas en modalidad simple o bajo un contrato de intercambio de aeronaves, la transferencia de la calidad de explotador aéreo determina igualmente la existencia de una relación de dependencia entre la persona del explotador aéreo y quienes realizan prestaciones en relación de dependencia a su favor.
3. Finalmente, es preciso que, a pesar de la omisión legislativa, el traspaso de personal con ocasión de la celebración de arrendamientos de aeronaves tripuladas y equipadas suponga la firma previa de acuerdos de cesión de personal, quedando por sentado el consentimiento pleno del personal que va a ser cedido. De tal forma que, la calidad de explotador aéreo pueda coincidir con la calidad de empleador conforme a los términos anotados.

EL RÉGIMEN DE LA MICROEMPRESA DESPUÉS DE DOS AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

Mariella Antola Rodríguez

Hasta antes de junio de 2008, el régimen de las Micro y Pequeñas empresas era regulado por la Ley N° 28015, la misma que fue el resultado de una cadena normativa a lo largo del tiempo, cuya principal pretensión fue siempre la formalización de lo informal. No puede desconocerse que desde los inicios mismos del intento regulatorio de este sector específico, el propósito fue siempre el mismo. Sucede que, como veremos más adelante, el éxito logrado con las implementaciones normativas no fue el esperado.

El último intento en torno al problema de la informalidad fue la emisión del Decreto Legislativo N° 1086, publicado el 28 de junio de 2008 y según el cual se aprobó la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente. El mayor objetivo de esta norma fue regular todos aquellos aspectos que involucran a las Micros y Pequeñas empresas, dentro de los cuales encontramos a los derechos laborales y previsionales respecto de los trabajadores que las conforman.

Se trata pues de un régimen de contratación especial en la medida que se encuentra dotado de ciertos rasgos característicos y únicos. Entre estos, tenemos el Régimen Previsional Especial creado exclusivamente para este sector del mercado empresarial. Ciertamente, la seguridad social enfocada en el ámbito de las MYPES y dentro de la nueva regulación es un fenómeno que merece ser estudiado debido a sus especiales elementos de formación.

(1) Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunta de Docencia del Curso Laboral Especial y del Curso Temas de Derecho Previsional y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. CUESTIONES PREVIAS

Es importante hacer un recorrido preliminar por la evolución normativa que ha seguido el intento formalizador de las micros y pequeñas empresas a lo largo del tiempo en el Perú. Una de las principales ventajas que se han podido ir evidenciando en estos instrumentos legales ha sido el incremento paulatino del reconocimiento de los beneficios y obligaciones que acompañan al trabajador de las MYPES, así como aquellos empresarios que son los titulares de las mismas.

El micro y pequeño empresario se ha ido favoreciendo de una serie de ventajas en diferentes ámbitos, los mismos que han pretendido desde siempre ser el atractivo para estos a efectos de que abandonen el entorno de la informalidad. Evidentemente, la intención de trasfondo de todo ello ha sido del Estado quien ha buscado lograr que el Perú baje los altos índices de informalidad que lo ha acompañado por varios años.

Prueba de lo anterior se refleja en las estadísticas que expone el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, según el cual la variación de empleo en las empresas de más de 10 trabajadores ha variado de forma permanente, encontrando que el índice más bajo de contratación formal se dio en febrero de 1992 (91.9 sobre 100), mientras que el mayor pico dentro del periodo comprendido entre octubre de 1997 y marzo de 2010, fue en diciembre de 2009 (138.7 sobre 100)⁽²⁾.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el incremento o descenso de los números estadísticos respecto del trabajo formal no es una situación gratuita. Por el contrario, e incluso mucho antes del año 1990, la formalización empresarial no alcanzaba márgenes elevados ni positivos puesto que la carencia de herramientas con las que contaban los micro y pequeños empresarios para acceder al mercado formal era un factor trascendente.

Es a raíz de la consolidación de un contexto muy encasillado en lo informal, que en 1991 se lanza la primera propuesta legal para la formalización empresarial. Así, urge el Decreto Legislativo N° 705⁽³⁾, a través del cual se aprobó la primera Ley de Promoción de Micro y Pequeñas Empresas. Ciertamente, esta innovación jurídica abrió un nuevo campo dentro del mercado peruano para la entrada de nuevos actores.

Fueron diez años aproximadamente los que duró la vigencia de este modelo. No obstante, en el devenir del tiempo se fueron presentando y siendo cada vez más evidentes, defectos y trabas que no favorecían realmente la formalización económica de los pequeños empresarios. Podría incluso plantearse que las herramientas que

(2) Ver: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/peel/peru_urbano/cuadro190.pdf>. Importa señalar que las medidas estadísticas se han tomado teniendo como referente el mes de octubre de 2004, el mismo que ha sido fijado como el punto 100.

(3) El Decreto Legislativo N° 705 fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 8 de noviembre de 1991.

puso en juego el Decreto Legislativo N° 705 no fueron lo suficientemente atractivas para fomentar el ingreso al mercado formal, generando efectos contrarios.

Frente a este escenario, en el año 2000 se expide la Ley N° 27268⁽⁴⁾, Ley de la Pequeña y Microempresa, la misma que como consecuencia normal y natural, derogó el Decreto Legislativo N° 705. Empero otro de los efectos que trajo consigo fue que reformó absolutamente el tratamiento de las MYPE. El principal cambio radicó en la participación más activa que se le impuso al Estado. Quizá el propósito fundamental de la presencia estatal se debió a que se buscaba que los empresarios informales percibieran un respaldo pleno de parte de este, por lo que se implementaron disposiciones relativas a temas de capacitación, asistencia técnica, entre otros rubros, en donde el Estado participaría de forma directa.

Resulta importante reconocer que el éxito con esta nueva regulación fue mayor al antecesor sistema. Los informales encontraron atractiva la propuesta legal y se adscribieron a ella. Sin embargo, este panorama fue momentáneo en la medida que pese a la acogida que tuvo el régimen, los índices de informalidad no bajaron en los años siguientes. Por el contrario, siguieron un patrón ascendente.

El análisis de este fenómeno devino en una conclusión acertada: los intentos de regulación de las micro y pequeñas empresas no había aterrizado del todo en la realidad en la que estos se desenvolverían. Por lo tanto, se construyó una nueva fórmula legal mediante la cual se involucró a esta importante variable.

En ese sentido, se emitió la Ley N° 28015⁽⁵⁾, Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa. Es de advertirse que ya desde la denominación que se le dio a esta norma, se aprecia el cambio del objetivo que se pretendía alcanzar con la nueva regulación. Básicamente se trataba de la formalización de las micro y pequeñas empresas, dejando de lado aquella corriente que buscaba únicamente promocionar esta alternativa empresarial.

La tendencia que se siguió para lograr el cambio esperado fue desviar la atención del potencial empresarial de los beneficios y ventajas que le otorgaba afiliarse a un régimen legal y formal empresarial, restándole la importancia concedida en las ocasiones anteriores a aquellos incentivos que eran parte del paquete MYPE. En esta oportunidad se planteó a la misma formalización como el atractivo que lograría obtener la atención necesaria de los informales. Podría decirse que la nueva ley dejó de enfocar a la promoción como único mecanismo de formalización, sino que ella (la formalización) se consolidó como una vía autónoma del régimen.

Como se desprende de las estadísticas recogidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo –citadas anteriormente– el efecto de la implementación

(4) La Ley N° 27268 fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 27 de mayo de 2000.

(5) La Ley N° 28015 fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 3 de julio de 2003.

del régimen MYPE de la Ley N° 28015 fue positivo, en atención a que las cifras sobre el incremento de constitución de nuevas empresas se elevó de forma constante.

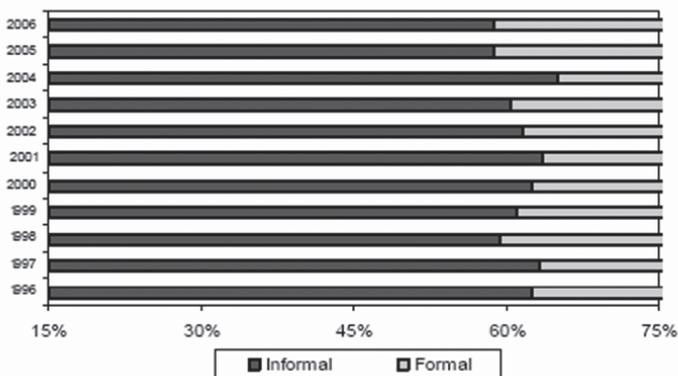
Esta situación se mantuvo por varios años, empero como en una ocasión anterior, los defectos del régimen fueron manifestándose poco a poco. Evidentemente, el desapego hacia la formalización fue creciendo, trayéndose abajo aquella “buena impresión” que se tuvo en los primeros momentos de la implementación del sistema que consolidó la Ley N° 28015. Una vez más, el intento por concretar un mercado formal pleno en el Perú se vio disipado.

La conclusión de todo este devenir evolutivo legal fue que pese a los diversos intentos por paliar una situación que afectaba al país de forma sorprendente y creciente –la informalidad– no habían rendido los frutos esperados, siendo que tan solo se habían cubierto situaciones de forma momentánea, dejando pasar por la puerta trasera al verdadero problema. Es decir, se habían tejido cortinas que encubrían la creciente informalidad del sector empresarial, engañando a la sociedad con las cifras de crecimiento de la formalidad, lo que en buena cuenta no era un reflejo en estricto de una buena adecuación de la Ley N° 28015, sino que era una manifestación natural del crecimiento de la sociedad como tal.

El Instituto Nacional de Estadística e Información - INEI y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo lograron plasmar en cifras el problema antes expuesto⁽⁶⁾:

**PEA OCUPADA POR CONDICIÓN DE INFORMALIDAD DE
LIMA METROPOLITANA 1996-2006**

**PEA OCUPADA POR CONDICIÓN DE INFORMALIDAD DE LIMA
METROPOLITANA 1996-2006**



(6) El Gráfico ha sido obtenido de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1086.

Fuente: Convenio MTPE-INEI. Encuesta Nacional de Hogares, III trimestre 1996-2001; MTPE – Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2002-2006.

Elaboración: MTPE – Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL)

Resulta a todas luces evidente la diferencia entre los niveles de formalidad e informalidad, en donde el primero es sustancialmente menor al segundo. Ello prueba la deficiencia expuesta en los párrafos anteriores, pese a que el interés supremo de las normas que se expidieron para regular al régimen de las MYPES buscó revertir ese fenómeno.

En este contexto, se vio necesario construir esquemas diferentes que pudiesen crearse regímenes novedosos y eficaces, llegando a la conclusión que la solución a ello era ingresar en el ámbito mismo de los actores involucrados. Es decir, comprender tanto a los empresarios –y potenciales empresarios– así como a los trabajadores en un proyecto a través del cual se pueda obtener una propuesta final, desprendida de la conjugación de las necesidad y expectativas de ambos sectores.

En otras palabras, la confluencia de las propuestas de ambos sectores, fue la respuesta a la insuficiencia que había estado presente por décadas dentro del marco legal que regía a las MYPES. Es de esa forma que se expidió el ya mencionado Decreto Legislativo N° 1086.

Sin embargo, esta nueva norma no fue única dentro del régimen de las MYPES, sino que a fin de complementar y efectivizar la nueva Ley de MYPES, se aprobaron los Decretos Supremos N°s 007-2008-TR y 008-2008-TR, a través de los cuales se implementan el TUO y el Reglamento de la Ley, respectivamente. Evidentemente, ambas normas recogen íntegramente las disposiciones implementadas por el Decreto Legislativo N° 1086, así como los recientes Decretos Supremos N° 007-2008-TR y 008-2008-TR.

Tal como ya ha sido señalado en la parte inicial de este trabajo, este nuevo régimen trajo consigo una serie de novedosas implementaciones, dentro de las cuales nos detendremos en el Régimen Especial de Seguridad Social que ha sido creado para los trabajadores involucrados en las microempresas, así como para las disposiciones que se han establecido en referencia a los trabajadores de las pequeñas empresas.

II. MARCO GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es recién en 1919 que surge como tal el concepto de Seguridad Social, tras la intención de crear una institución mediante la cual se busca garantizar al proletariado de los infortunios que pudieran aquejar tanto a ellos como a sus familias. Infortunios que fueron encasillados en contingencias como la invalidez o la vejez.

Sin embargo, es sabido que la sociedad no se ha mantenido estancado por todos estos años. Casi ya un siglo después de este primer momento, vemos que el

mundo en el que nos desenvolvemos no resulta tener ni la mínima coincidencia del que envolvía al los inicios del Siglo XX. Precisamente es esta evolución la que ha generado la necesidad de que la seguridad social se transforme también. Así, como lo señala César Gonzáles, *la Seguridad Social en sus concepciones más modernas, es un componente esencial de un sistema más amplio, el de la protección social integral. En esta visión, sus aspectos institucionales y administrativos deben estar al servicio de un fin mayor, el de bienestar general, y en esa misma medida, ser una columna de los derechos humanos fundamentales*⁽⁷⁾.

No debe dejarse de mencionar que las manifestaciones de la seguridad social pueden darse en diversos ámbitos de la vida de toda persona, el reflejo de este concepto se traduce en prestaciones, las mismas que pueden ser de salud o económicas. Precisamente en relación a estas últimas es que nacen las pensiones, las que se conocen como las manifestaciones de la Seguridad Social por excelencia.

Ahora bien, otro punto a tener en cuenta recae en que si es cierto que las prestaciones económicas son una de las manifestaciones de la Seguridad Social, existen pensiones que no califican dentro de este ámbito. Tal es el caso de aquellas que son otorgadas por el Sistema Privado de Pensiones, puesto que las pensiones que este régimen otorga no son en lo absoluto de seguridad social. Simplemente, tales prestaciones se limitan a ser pensiones⁽⁸⁾.

En el Perú, la previsión de las pensiones – sean o no de seguridad social – ha sido pensada, principalmente, para aquellas personas que se encuentran sujetas a una relación de dependencia, de subordinación frente a otro sujeto. Estos actores son los que conocemos como trabajadores y empleadores, respectivamente.

Ello es así puesto que la obligación de aportar a algún sistema previsional – Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones – se refiere únicamente a este sector, quedando excluidos – mas no prohibidos – los prestadores de servicio independientes. En otras palabras, en nuestro país se persigue un esquema de seguros sociales y que pretende a lo largo del tiempo se progresivo y transformarse en uno de seguridad social. Mientras ello sucede, acoge de forma obligatoria únicamente a los trabajadores, permitiendo que los demás partícipes de la sociedad formen arte de forma voluntaria.

Bajo este panorama, recordemos que como hemos analizado en párrafos anteriores, el marco normativo de las MYPES ha sido constante y cambiante durante

(7) GONZALES HUNT, César. “La Seguridad Social y el Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional en Materia Previsional*. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, p. 273.

(8) Al respecto puede verse: PASCO COSMOPOLIS, Mario: “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?” En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998; NEVES MUJICA, Javier. “Los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones: De la Relación Alternativa a la Complementaria”. En: *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006; entre otros.

el tiempo. Al respecto debe verse que el tratamiento no ha sido diferente en cuanto al derecho de seguridad social de los trabajadores pertenecientes a las micro y pequeñas empresas, puesto que el cambio normativo trajo consigo iguales modificaciones sobre ese tema.

Tan ha sido así que en el derogado Decreto Legislativo N° 705 no se hizo referencia específica sobre si era o no obligatorio el afiliarse a los trabajadores al Sistema Nacional de Pensiones⁽⁹⁾. Similar vacío se encontró respecto del Sistema Privado de Pensiones, toda vez que si bien es cierto que su implementación se dio con posterioridad al Decreto Legislativo N° 705, no se consolidó modificación alguna dentro de esta norma que hiciera referencia al SPP, pese a que el régimen de las MYPES de ese entonces convivió con el SPP por algunos años.

Diferente fue la situación que postuló el esquema de la Ley N° 27268, toda vez que esta norma dispuso una breve referencia al derecho a la seguridad social de los trabajadores de las MYPES. No obstante, esta no estableció una obligación específica respecto de la obligatoriedad de afiliación dejando tal regulación a las normas particulares del SNP y el SPP. En otras palabras, no se trabajó un sistema especial para los trabajadores de las MYPES, sino que se adscribió a estos a los formatos ya existentes de seguridad social en el país.

Esta carencia normativa incentivó al legislador para que incorpore una modificación sustancial sobre este extremo en la Ley N° 28015. Sin embargo, el intento de regulación que se concentró en esta nueva ley alcanzó únicamente a los trabajadores de las microempresas, a quienes se les reconoció la facultad de afiliación a cualquiera de los regímenes pensionarios existentes. Es así que el artículo 51 de esta ley estipuló que:

Artículo 51.- El régimen pensionario

Los trabajadores y los conductores de las Microempresas comprendidas en el presente régimen podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales, siendo opción del trabajador y del conductor su incorporación o permanencia en los mismos.

Como se desprende del texto normativo citado, el legislador omitió a los trabajadores de las pequeñas empresas. A su vez, la implementación de la afiliación a uno de los regímenes previsionales para los trabajadores de las microempresas se limitó a ser una enunciación meramente potestativa, en la medida que este trabajador podía afiliarse o no a uno de los sistemas, quedando a su entera disposición dicha elección, llegando incluso a la facultad de disponer la permanencia en ellos.

(9) Conviene señalar que al momento de la dación del Decreto Legislativo N° 705, el Régimen Previsional del país era unitario, correspondiendo éste al Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990.

Ahora bien, la interrogante que urgió a raíz de lo anterior fue: ¿Qué sucedía con los trabajadores de las pequeñas empresas?

III. SEGURIDAD SOCIAL OBLIGATORIA PARA LOS TRABAJADORES DE LA PEQUEÑA EMPRESA: DECRETO LEGISLATIVO N° 1086

La incertidumbre en relación a los dependientes de las pequeñas empresas fue resultado recién con la dación del Decreto Legislativo N° 1086, toda vez que es a través de esta norma que se modifica el citado artículo 51. De esa manera, el nuevo texto quedó redactado como sigue:

Artículo 51.- Régimen de Pensiones

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores de la Microempresa comprendidos en la presente Ley, que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional, podrán optar por el Sistema de Pensiones Sociales contemplado en el Título III sobre el Aseguramiento en Salud y Sistema de Pensiones Sociales de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la Microempresa.

Los trabajadores de la Pequeña Empresa deberán obligatoriamente afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones

Tal como se advierte, la disposición facultativa que se dio en un origen dentro de la Ley N° 28015, para los trabajadores de las microempresas se mantuvo tal cual. Sin embargo, el cambio fue trascendente para aquellas personas dependientes de una pequeña empresa, en la medida que es recién con esta modificatoria que se consolida la obligación de su pertenencia a un sistema de pensiones.

Es de esta manera que se equipara la tratamiento legal que se viene dando para los trabajadores sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada respecto a la obligatoriedad de su pertenencia a un Sistema Pensionario, con aquel que corresponde a aquellos pertenecientes a las pequeñas empresas. Así, esta implementación legal dispone de manera expresa la obligación para con el trabajador de afiliarse o bien al SNP o al SPP.

Con ello quedó plenamente reconocido el derecho a las prestaciones previsionales de los trabajadores de las Pequeñas empresas.

No obstante, lo anterior no fue la única novedad del Decreto Legislativo N° 1086, puesto que esta norma comprendió un capítulo específico a la creación de un nuevo Sistema Pensionario.

IV. EL SISTEMA DE PENSIONES SOCIALES.

Es mediante el artículo 10 del referido Decreto Legislativo que se crea el Sistema de Pensiones Sociales, cuyo ámbito de aplicación abarca única y exclusivamente a los trabajadores de las microempresas. Sin embargo, dado que se había ya implementado la posibilidad de que estos prestadores de servicios pudieran pertenecer a un sistema de pensiones de forma facultativa, y a efectos de no entrar en contradicciones legales, se establece de forma expresa que este nuevo sistema es optativo para aquellos trabajadores que a su vez no se encuentren afiliados a cualquier otro Régimen de Pensiones.

Es decir, el ingreso, y posterior goce de beneficios, del Sistema de Pensiones Sociales se encuentra condicionado a dos requisitos específicos: de un lado, ser trabajador de una Microempresa, mientras que de otro, estos no deberán encontrarse afiliados ni al SNP ni al SPP. Ambos requisitos son concurrentes.

Esta referencia fue igualmente recogida en el artículo 58 del Decreto Supremo N° 007-2008-TR, así como en el artículo 45 del Decreto Supremo N° 008-2008-TR.

Adicionalmente, debe advertirse que la creación de este nuevo sistema resulta novedosa en la medida que se consolida un régimen más en adición a los ya preexistentes (SNP y SPP), puesto que como bien es señalado por el artículo 45 del Reglamento de TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, el Sistema de Pensiones Sociales *es excluyente del SPP y del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y de cualquier otro régimen previsional existente.*

Debe resaltarse que aún cuando este régimen previsional ha sido creado exclusivamente para los trabajadores de las microempresas, la afiliación a él no es obligatoria, sino que se mantiene el carácter voluntario.

a. Aportes

Ahora bien, dado que el Sistema de Pensiones Sociales constituye un régimen previsional tan similar al SNP y al SPP, su financiamiento se compone básicamente de los aportes que realizan los trabajadores. Así, el trabajador deberá aportar un porcentaje no mayor al 4% de la Remuneración Mínima Vital, lo cual será fijado oportunamente por el Ministerio de Economía y Finanzas. A su vez, es potestad del afiliado efectuar aportes voluntarios con el propósito de incrementar su fondo previsional.

En adición a ello debe verse que el fondo del afiliado no estará únicamente conformado por sus aportes, puesto que una de las particularidades del Sistema de Pensiones Sociales es que el Estado sea un participante activo en él. Esto es, tal como ha sido diseñado, el Estado aportará un monto determinado al Sistema, monto que será equivalente al total de los aportes mínimos que se hayan efectuado a lo largo del año.

Sin embargo, este aporte especial del Estado deberá sujetarse a reglas presupuestales, con lo que se deja abierta la posibilidad de que el monto destinado en el presupuesto anual para aportaciones al Sistema Social de Pensiones no alcance al total de los aportes mínimos, sino que sea mucho menor a ello.

b. Cuenta Individual del Afiliado

Como es sabido, el Sistema Privado de Pensiones se caracteriza por ser un régimen capitalista, en donde los aportes previsionales son dirigidos a una Cuentas Individuales de Capitalización, las cuales son creadas a nombre de cada afiliado por la Administradora del Fondo de Pensiones que corresponda, y en la que se consignan todos los movimientos que efectúe el trabajador, ya sea respecto de los aportes obligatorios que realiza, así como los voluntarios, Bonos de Reconocimiento, entre otros.

Pues bien, siguiendo esa línea, en el Sistema de Pensiones Sociales se ha implementado esta misma figura, puesto que los aportes que realice el trabajador de la microempresa –obligatorio y voluntario–, así como aquellos que deberá efectuar el Estado, deberán destinarse a una Cuenta Individual creada a favor de cada afiliado, y en donde se deberá registrar, además de los aportes, la rentabilidad que el fondo vaya generando.

Evidentemente, la Cuenta Individual del Afiliado del Sistema de Pensiones Sociales es una copia fiel de las Cuenta Individuales de Capitalización del Sistema Nacional de Pensiones.

En relación a lo anterior, podemos llegar a una primera conclusión: el Sistema de Pensiones Sociales no constituye un sistema de Seguridad Social. Ello es así en la medida que al crearse Cuentas Individuales por cada afiliado, se deja de lado el sistema de reparto, el mismo que se sustenta el principio de solidaridad, uno de los principios medulares de la Seguridad Social.

Otro de los elementos que equipararía al Sistema de Pensiones Sociales con el SISTEMA Privado de Pensiones radica en el mandato que hace la ley respecto de que será una empresa privada la encargada de administrar las cuentas individuales de los afiliados.

Sin embargo, el modelo del sistema de pensiones sociales se aleja de la naturaleza puramente privada, puesto que se confiere a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) el deber de implementar y manejar un Registro Individual del

afiliado al Sistema, a través del cual deberán monitorearse los aportes de cada afiliado así como la rentabilidad que generen estos.

De lo anterior, y desde un punto de vista constitucionalista, sería factible señalar que la instauración del Sistema de Pensiones Sociales podría enmarcarse dentro del modelo mixto de pensiones, el mismo que es amparado por el artículo 11 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, ello deberá ser materia de un análisis más exhaustivo.

c. Riesgos Cubiertos

Finalmente, debe observarse que el Sistema de Pensiones Sociales cubre determinados riesgos, por los cuales el trabajador afiliado tendrá derecho a acceder a una pensión.

Tales riesgos son: vejez, invalidez y muerte, frente a los cuales se ha previsto una pensión específica, cuyas características se asemejan íntegramente a las ya existentes en los Sistemas Nacional y Privado de Pensiones.

i. Pensión de jubilación

Ciertamente, la pensión de jubilación protege la contingencia de la vejez. Para tales efectos, el SNP considera que una persona podrá acceder a este tipo de prestación previsional una vez que haya cumplido con dos requisitos específicos: 65 años de edad y 20 años de aportación.

Por otro lado, el SPP no exige ni una edad mínima ni un número de años de aportación determinado. El único requisito indispensable para otorgar una pensión de viudez dentro de ese régimen es que la Cuenta Individual de Capitalización sea suficiente para cubrir una pensión equivalente o mayor S/. 415.00.

Ahora bien, en el Sistema de Pensiones Sociales se ha seguido el modelo implementado por el SNP, en la medida que el artículo 62 del TUO de la Ley de MYPES exige que la pensión de jubilación solo podrá ser percibida por aquellos afiliados que alcancen los 65 años, y que a su vez cumplan con haber realizado, como mínimo, 300 aportes al sistema.

La forma de cálculo de la pensión de jubilación deberá acomodarse a la fórmula establecida en la modalidad de Renta Vitalicia Familiar del SPP, la misma que concibe el pago de una pensión al afiliado hasta su muerte, y luego de ello, se continua con el pago de una pensión de sobrevivientes a quien o quienes corresponda.

ii. Pensión de invalidez

Otra de las contingencias protegidas en el Sistema de Pensiones Sociales es la invalidez. La pensión que se otorga por ella se sujetará a la declaración de incapacidad permanente que deberá emitir la Comisión Médica de ESSALUD

o del Ministerio de Salud. ninguna otra entidad estará facultada para emitir tal declaración.

Adicionalmente, es indispensable que el afiliado haya cumplido con, además de aportar al sistema de Pensiones Sociales, contratar un seguro de invalidez. En caso ello no haya sido así, el trabajador de la microempresa no podrá ser beneficiario de la pensión de invalidez.

Es decir, en adición a los aportes obligatorios que debe efectuar el trabajador, es necesario que este aporte una comisión adicional por seguro de invalidez, sin la cual no podrá acceder a la pensión por invalidez.

La forma de cálculo de esta prestación se remite, una vez más, a los mecanismos dispuestos en el Sistema Privado de Pensiones, en tanto el artículo 54 del Reglamento de la Ley de MYPES señala que *la comisión médica establecerá las evaluaciones y calificaciones de invalidez que correspondan sobre la base de los procedimientos previstos en la normativa del SPP para la determinación de la invalidez total permanente.*

iii. Pensión de sobrevivientes

Finalmente, se ha previsto cubrir el riesgo de muerte del afiliado. A diferencia del Sistema Nacional de Pensiones, así como del Sistema Privado de Pensiones, el Sistema de Pensiones Sociales no ha previsto el pago de una pensión para los ascendientes de los afiliados, en la medida que la prestación de sobrevivientes se limita para los cónyuges, concubinos e hijos. Para ello se han dispuesto dos modalidades diferentes:

- Pensión de viudez
- Pensión de orfandad

En relación a la primera, se concibe la posibilidad de que sea el cónyuge o el concubino el beneficiario de este tipo de pensión, siempre que se produzca la muerte del afiliado. El derecho se acreditará con la partida de matrimonio o con la resolución judicial que declare la unión de hecho.

Respecto de la pensión de orfandad, el Sistema de Pensiones Sociales considera que solo serán beneficiarios de ella los hijos menores de 18 años, o en su defecto aquellos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores hasta las 24 años. Además, también podrán acceder a una pensión de orfandad aquellos hijos a quienes se les haya declarado una incapacidad total permanente.

V. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA DE PENSIONES SOCIALES.

Han transcurrido ya dos años desde la entrada en vigencia de la Ley de las MYPES regulada por el Decreto Legislativo N° 1086 y cierto es que muchas de las disposiciones contenidas en esta norma han venido siendo aplicadas progresivamente.

Así, tenemos que la formalización de las empresas de menor dimensión ha sido un fenómeno que ha ido incrementándose con el paso del tiempo.

A su vez, no debe dejarse de mencionar que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha dibujado esquemas que pretenden acompañar esta implementación legal, tales como programas de inspección laboral. Aún se encuentran en procesos de formación y maduración, pero no puede desmerecerse el intento que se ha perseguido por parte de la Administración Pública por lograr que el éxito del nuevo régimen de las MYPES sea positivo.

Los ámbitos en donde se ha trabajado han sido diversos para lograr este objetivo han sido diversos. Tenemos el campo tributario, el laboral, entre otros. No obstante, el tema previsional ha ido apartado del plan a corto plazo, al menos eso resulta ser lo que sucede.

Es decir, el esquema del sistema de pensiones sociales que creó el Decreto Legislativo N° 1086 y las normas complementarias se mantiene aún en un régimen ficticio. No se han dispuesto normas que creen instituciones especiales que se hagan cargo de él, así como tampoco se han otorgado nuevas o adicionales competencias a las entidades ya existentes.

En este momento sigue siendo un ideal bastante bien estructurado el sistema de pensiones sociales y mientras las autoridades no tomen cartas en el asunto, los trabajadores de las micro y pequeñas empresas deberán acogerse a los regímenes previsionales existentes, que no son otros que el Público y el Privado de Pensiones.

¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL?

Sara Rosa Campos Torres^()*

I. INTRODUCCIÓN

En forma general, la dación de una ley especial se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general.

En materia constitucional, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional (TC) en una muy comentada sentencia referida a la validez del régimen laboral agrario⁽¹⁾, es el artículo 103 de la Constitución que establece “(...) solo por excepción es viable la creación de una regla especial, la misma que no se ampara en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular o no genérica. Además, se estableció que dicho artículo constitucional es el título habilitante que permitiría la generación de normas especiales porque

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios culminados en la Maestría de Relaciones Laborales en la misma casa de estudios. Coordinadora Ejecutiva de Soluciones Laborales. Especialista en Derecho Laboral, Procesal Laboral, Seguridad Social y Seguridad y Salud en el Trabajo.

(1) Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2006-PI (02/02/2008).

así lo exige la naturaleza de las cosas, es decir, las circunstancias especiales, privativas y propias de una materia definida que requieren que el legislador legisle especialmente, a efectos que la normativa cubra una realidad que, por sus especiales rasgos, requiere de un tratamiento diferenciado no discriminatorio⁽²⁾.

Al respecto, lo expuesto por el TC es aplicable en materia laboral porque actualmente coexisten una serie de normas especiales y convenios –como en el caso de construcción civil– que regulan beneficios y derechos de forma especial, en atención a una serie de rasgos o factores, como el tipo de actividad en el que prestan sus servicios los trabajadores, la naturaleza misma del servicio o por las condiciones propias del trabajador, por el cambio dinámico que experimenta la sociedad, entre otros.

Es así, que a diferencia de otras ramas del derecho, en el caso del Derecho Laboral, es necesaria la promoción de normas especiales, orientadas todas a la protección del trabajador y a la no vulneración del principio de igualdad, tema que quizás ha sido el más discutido en determinados regímenes como el agrario y principalmente, el de las Mypes.

Por tal motivo, a continuación vamos a analizar que elementos de algunos denominados “regímenes laborales especiales” coinciden con la legislación laboral común, luego identificar algunas características comunes y finalmente ensayar cuáles deberían ser los elementos o criterios a considerar para establecer cuándo estamos o no ante un régimen laboral especial.

II. RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO: FORMAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

Resulta confusa la distinción que se da en nuestro ordenamiento laboral, entre el régimen laboral público y privado, más si dentro de cada régimen existen formas especiales de contratación. En efecto, como veremos más adelante no solo en el régimen privado observamos más de un régimen laboral en el que se regulan beneficios y derechos laborales distintos, sino también en el régimen laboral público.

Así, en este régimen coexiste más de una forma de contratación, ya que tenemos a los trabajadores a quienes se aplica el Decreto Legislativo N° 276⁽³⁾ (estables o nombrados) con beneficios y derechos diferentes a los que están contratados bajo las normas del régimen laboral privado, esto es, bajo el Decreto Legislativo N° 728 y que es denominado coloquialmente como “régimen laboral mixto”, y finalmente a partir del año 2008, tenemos a una forma distinta de contratación denominada “Contratación Administrativa de Servicios” (CAS)⁽⁴⁾, régimen que a la

(2) Fundamento N° 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2006-PI (02/02/2008)

(3) También son aplicables las disposiciones de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, y las normas complementarias que a la fecha no han sido publicadas.

(4) Denominados anteriormente SNP (Servicios No Personales) cuyos rasgos de laboralidad generaron una gran cantidad de demandas judiciales en las que fueron reconocidos en muchas de ellas como trabajado-

fecha sigue siendo materia de constante cuestionamiento. Es decir, tenemos que al interior de este régimen también se aplican formas especiales de contratación sin que se hayan establecido rasgos diferenciadores o elementos objetivos que sustenten tal desigualdad⁽⁵⁾.

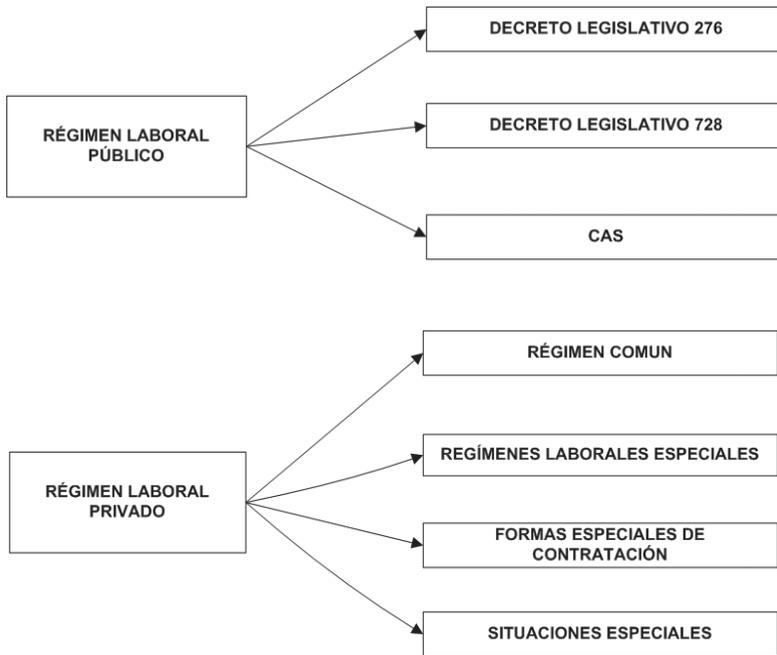
Por otro lado, en el régimen laboral de la actividad privada regulada por el Decreto Legislativo N° 728⁽⁶⁾, tenemos a lo que se denomina comúnmente como “régimen laboral común” el cual es aplicable a los trabajadores inmersos en la actividad privada y que tiene una regulación general en materia de remuneración, jornada de trabajo, descanso vacacional, gratificaciones legales, indemnización por despido, y otras materias (como los derechos colectivos) que se han desarrollado *in extenso* a nivel infraconstitucional⁽⁷⁾. También, tenemos los denominados “régimen laborales especiales” que son materia de análisis en el presente ensayo como son el régimen de construcción civil, pesquero, agrario, Mype, trabajadores del hogar, y otros.

Luego, tenemos que dentro del régimen laboral común de la actividad privada, el legislador ha regulado formas de contratación especiales, como es el trabajo a domicilio o “part time” y situaciones especiales de trabajadores – como es el caso del trabajador de dirección y de confianza – que a pesar de no estar regulado por una norma especial, erróneamente se considera como un régimen laboral especial⁽⁸⁾.

Ahora bien, resulta importante indicar que precisamente que los aspectos del régimen laboral común que seguidamente desarrollamos, coinciden con muchos de los elementos regulados por las normas especiales, como son la remuneración, el tratamiento de la jornada laboral, el disfrute del descanso vacacional, el reconocimiento de una indemnización por despido arbitrario, entre otros, que al no ser analizados de forma correcta, puede llegarse equivocadamente a denominar a un régimen laboral como especial cuando no lo es.

res, ordenando su reposición y el reconocimiento de beneficios laborales. A partir de esta coyuntura, el Gobierno promovió la creación de un régimen especial de contratación con el reconocimiento de derechos laborales mínimos denominado CAS, bajo el Decreto Legislativo N° 1057 (28/06/2008). Este régimen abarca a todas las entidades de la administración pública que cuenten con personas que presten servicios de carácter no autónomo mediante alguna modalidad contractual no laboral.

- (5) El TC en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado respecto al principio de igualdad que para determinar si en un caso concreto estamos frente a una afectación del *principio-derecho* a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por lo tanto, violatorio o no del *principio – derecho* a la igualdad
- (6) También regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- (7) Esto debido a que los artículos constitucionales que regulan estas materias, delegan en el legislador el desarrollo de los mandatos constitucionales, aún cuando resulta innegable que la Constitución ha establecido el marco director que debe orientar esa regulación de rango legal.
- (8) En efecto, este es un ejemplo a pesar de las características especiales que reúne el personal de dirección y de confianza no es necesaria la creación de un régimen laboral especial, basta con realizar algunas precisiones o especificaciones en la normativa común.



III. ELEMENTOS COMUNES EN LOS DENOMINADOS “REGÍMENES LABORALES ESPECIALES”

Empecemos por analizar en orden de prioridad los elementos comunes a los del régimen laboral común que están presentes en algunos denominados “regímenes laborales especiales”. El primero de ellos, uno de los elementos esenciales de una relación laboral, es la *remuneración*.

Al respecto, la norma constitucional, en materia de remuneración, ha establecido en el artículo 24 que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

Esto quiere decir que el mandato constitucional ha previsto como condición que la remuneración que el trabajador perciba como contraprestación por la labor (entendida en términos latos) que realiza debe ser equitativa y suficiente; características que constituirían los rasgos esenciales del derecho a la remuneración. Adicionalmente, la norma constitucional dispone que tanto el pago de las remuneraciones como de los beneficios sociales ocupan el primer orden de prelación entre

las obligaciones del empleador; y, un tercer elemento que se dilucida de la norma constitucional en esta materia es la delegación al Estado de la regulación sobre remuneración mínima, previéndose la participación de los agentes sociales en dicha regulación⁽⁹⁾. En nuestro país, en línea con tal disposición, normalmente ha tenido participación -desde que su existencia lo permite- el Consejo Nacional del Trabajo (CNT) para fines de la determinación de la remuneración mínima. Una cuestión adicional que nuestro ordenamiento jurídico nacional imprime a la remuneración, con el fin que pueda calificar como tal, es su carácter de libre disponibilidad.

Con relación a la regulación sobre remuneración mínima vital debe considerarse que, por su grado de imperatividad y dispositividad, frente a la autonomía privada, es un *derecho necesario relativo*. Como tal se constituye en un estándar mínimo por debajo del cual no se puede pactar, dado que ello sería inconstitucional⁽¹⁰⁾.

Sobre el particular, observamos que en la mayoría de los denominados “régimenes laborales especiales” se respeta el otorgamiento de la remuneración mínima vital (RMV) -que actualmente asciende a S/.550.00- no obstante, en el caso de los trabajadores que laboran bajo una jornada menor (medio tiempo) el empleador está facultado al pago de una suma inferior a la RMV y en el caso de los trabajadores de las microempresas es posible que por acuerdo del CNT se pacte una remuneración menor a la RMV, a pesar que cumplan una jornada ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, situación que evidentemente sería inconstitucional.

En el caso de los trabajadores que laboran bajo el régimen laboral agrario, es cierto, que no gozan de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) ni gratificaciones del régimen común, pero en compensación perciben una remuneración diaria integral aumentada en 17% (actualmente S/.21.46 diarios)⁽¹¹⁾. Asimismo, en el caso del régimen de construcción civil los jornales diarios de los trabajadores se regulan a través de convenios colectivos celebrados con CAPECO, vigentes anualmente, y son reajustados en razón de diversos factores como la especialización, el cargo, la prestación a realizar, etc, estos jornales son pagados de forma diaria o semanal debido a la ubicuidad relativa y la temporalidad de esta actividad. En el caso de los trabajadores pesqueros, la remuneración es fijada en función al porcentaje de

(9) Fundamento N° 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 007-2006-AI.

(10) A nivel de política salarial, la OIT, en materia de salarios y remuneraciones, en la Agenda Hemisférica 2006-2015, ha planteado que la política salarial de la mayoría de países se reduce a la aplicación del salario mínimo aunque, por lo general de manera discrecional e irregular, se afirma que el salario mínimo debe tener un papel simple y concreto, cual es ser el piso de la escala de salarios del sector privado.

(11) El Convenio N° 99, ratificado por el Perú, sobre métodos de fijación de los salarios mínimos en la Agricultura, propugna establecer métodos adecuados para fijar tasas mínimas de salarios para los trabajadores empleados en las empresas agrícolas. Dispone, además, que los empleadores y trabajadores deben participar en la aplicación de los métodos de fijación de salarios mínimos, ser consultados o tener derecho a ser oídos, siempre sobre la base de una absoluta igualdad. Este Convenio se complementa con la **Recomendación N° 89** que proporciona directrices para la fijación de los salarios mínimos en la Agricultura, teniendo en cuenta el costo de vida, el valor razonable y equitativo de los servicios prestados, los salarios pagados por trabajos similares o comparables.

participación en la pesca y evidentemente, mientras más pesque el trabajador mayor será su remuneración. Finalmente, se ha fijado un ingreso mínimo minero (RMV + 25%) debido a que en la realidad realizan una actividad más riesgosa y desgastante.

En ese sentido, como se puede apreciar respecto a la remuneración, existen algunos criterios para determinar el monto de la remuneración (jornal o porcentual) y su forma de pago (diaria, quincenal o mensual) que justifican un tratamiento especial y distinto a lo que se da en el régimen laboral común. En el caso de la Mype y del trabajador part time no existe una justificación objetiva en mi opinión para que se pueda establecer una remuneración menor a la RMV, esperemos que este tema no se concrete en el régimen Mype.

Jornada de Trabajo

En materia de jornada de trabajo, el artículo 25 de la Constitución Política ha establecido 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 (subrayado agregado). Constitucionalmente, es válida la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que no excedan los límites establecidos. Al respecto, el TC ya se ha pronunciado con referencia a las jornadas de trabajo atípicas y acumulativas indicando que la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo esta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor⁽¹²⁾. Así, la jornada de trabajo, por definición, es una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal

A nivel del ordenamiento nacional y en materia de jornada de trabajo, la Constitución Política ha establecido una disposición que, por sus características de imperatividad y el espacio que deja a la autonomía privada, constituye un precepto reconocido doctrinariamente como una norma denominada *máxima de derecho necesario*, es decir, que se trata de un tope máximo hasta donde la autonomía privada puede pactar; por encima de ello opera la prohibición. Así, se permite la existencia de jornadas alternativas, acumulativas y atípicas, siempre que por la naturaleza especial de las actividades que se realizan así lo requieran y en la medida, claro está, que no se superen dichos topes⁽¹³⁾.

(12) Recordemos el precedente vinculante establecido en las Sentencias (principal y aclaratoria) recaídas en el Expediente N° 4635-2004-AA sobre jornadas acumulativas. Además, del respeto de la jornada máxima, en la actividad minera los empleadores deberán respetar el denominado “test de protección”.

(13) Fundamento N° 21 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0027-2006-AI

Al respecto, es ampliamente conocido que en regímenes como el minero y el agrario (labor en el campo) se trabajan muchas horas al día en razón de la actividad en la que se desempeñan los trabajadores. En el régimen de construcción sucede lo mismo, porque el servicio está supeditado a la duración de la obra que puede durar más de doce horas al día. Es en estos casos, que podemos identificar como un elemento a considerar para la duración y forma de la jornada laboral (rotativa, acumulativa o atípica) el tipo de actividad para la que está contratado el trabajador, así como por la naturaleza de la prestación del servicio.

No obstante, contradictoriamente en el régimen minero salvo el cumplimiento de jornadas acumulativas y/o atípicas y normas especiales en materia de seguridad y salud en el trabajo, por lo demás se aplican los mismos elementos del régimen laboral común, por lo que considero que no debería ser tratado como un régimen laboral especial.

Descanso vacacional anual remunerado

En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, debemos indicar que se trata de un derecho de reconocimiento internacional a nivel de la normativa sobre derechos humanos, y, a nivel constitucional, el artículo 25 ha establecido que “(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio. De esta forma se ha optado por una reserva de ley y posibilidades de pacto mediante Convenio (autonomía colectiva) en esta materia, en cuanto a su disfrute y compensación.

Con relación al descanso vacacional, el TC en reiterada jurisprudencia ha señalado que “(...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.

En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, que es el descanso que se regula en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, la normativa infraconstitucional ha establecido que el trabajador tiene *–en el régimen común–* derecho a treinta días (30) calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; no obstante, el ejercicio de ese derecho está condicionado, además, al cumplimiento de un récord vacacional por parte del trabajador⁽¹⁴⁾.

Al respecto, la norma que regula los descansos remunerados ha establecido como mínimo el disfrute de quince días, hecho que por la naturaleza de la actividad y del servicio ha sido adoptado por algunos regímenes como el agrario, de las

(14) De acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 713, Norma que regula los Descansos Remunerados

Mypes y de los trabajadores del hogar. Su compensación al término del vínculo laboral –esencialmente temporal – como es el caso de construcción civil, y por una interpretación sistemática de las normas no acceden a este beneficio mínimo los trabajadores que realizan una jornada parcial, hecho totalmente a mi modo de ver, ilegal, toda vez que el hecho de prestar una jornada menor no significa que dejen de tener derecho a un descanso mínimo de quince (15) días.

Teniendo en cuenta, estas particularidades es evidente que en determinados casos se justifica el disfrute de un descanso vacacional mínimo (15) días, sin que este sea a mi parecer un criterio determinante para definir si se está ante un régimen laboral especial, en todo caso, podría ser un elemento a considerar.

Indemnización ante el despido arbitrario

Con relación a la protección frente al despido arbitrario, el artículo 27 de la Constitución señala que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Al respecto, debemos indicar que, más allá de las tipologías de despido y de las consecuencias previstas, el TC ha señalado en reiterada jurisprudencia que el derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador y que la norma constitucional ha previsto una reserva de ley en esta materia, habiendo el legislador regulado para el caso de la indemnización por despido en el régimen laboral común, una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios hasta un tope de doce sueldos; no obstante, se ha previsto el pago de dozavos y treintavos de remuneración mensual y media por los meses y días laborados. En el caso de un trabajador contratado a plazo temporal se otorga en función a los meses completos que faltaría por completar el contrato de trabajo. No debemos dejar de señalar que la indemnización regulada para estos casos, está directamente vinculada al tiempo de servicios prestados por el trabajador.

Al respecto, tanto en el régimen de Mypes como en el agrario se ha establecido una indemnización inferior a la establecida en el régimen común, debido a que son regímenes temporales (en el caso de la Mype a partir del año 2008 permanente) que se crearon con la finalidad de fomentar la formalización y crecimiento del empleo, por lo que ante un despido intempestivo significase para el empleador el reconocimiento de una indemnización que no acreciente sus costos y opte por contratar bajo esta modalidad. No obstante, económicamente el acogimiento a las Mypes e inclusión de trabajadores en planilla no se ha dado como se esperaba por lo que consideramos que no debió establecerse una reparación menor por cuanto no existe una justificación objetiva para ello. En el caso de las trabajadoras del hogar, tampoco se comprende porque se ha establecido una reparación mínima de (15 remuneraciones diarias) sino da un preaviso a la trabajadora cuando cumplen una jornada laboral completa, podría ser el hecho de que sus servicios son distintos a los de un trabajador regular (que presta servicios para una empresa) pero no termina de convencerme este sustento.

Distinto es el caso de la actividad de construcción civil en la que dada la naturaleza estrictamente temporal, no cabe el pago de una reparación porque desde un inicio no gozan de estabilidad laboral, debiendo el empleador solo cancelar las remuneraciones de toda la semana laborada, aún cuando el trabajador se haya retirado a la mitad de la misma.

En ese sentido, considero que este elemento no debería ser considerado como un único parámetro para establecer si un régimen es especial o no.

Seguridad y Salud en el Trabajo

Un elemento importante a considerar para determinar si estamos ante un régimen especial o no podrían ser las disposiciones especiales en materia de seguridad y salud en el trabajo para determinadas actividades consideradas riesgosas. Así, tenemos la Norma G-50 aplicable para el régimen de construcción civil, el Decreto Supremo N° 42-F, aplicable al régimen industrial, el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, y un sin número de normas dispersas para actividades como la de Hidrocarburos, Electricidad, entre otras⁽¹⁵⁾.

Al respecto, soy una convencida que este es un claro ejemplo de que la realidad y la sociedad exigen el establecimiento de normas especiales en esta materia con la finalidad de salvaguardar la seguridad y salud del trabajador ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. No obstante, si bien es un elemento diferenciador entre una actividad común y minera, en los demás no lo es (vacaciones, indemnización, jornada), lo mismo sucedería con la actividad industrial, en todo caso, es importante conocer y difundir estas disposiciones especiales en esta materia porque de por medio está la vida e integridad física del trabajador.

Otros beneficios

Finalmente, en determinados regímenes se han establecido beneficios adicionales como las bonificaciones por altura, movilidad, permisos, licencias, asignación por escolaridad, jubilación anticipada, EsSalud + Vida, para el régimen de construcción civil, minero y pesquero en razón de la actividad, aún cuando algunos de sus elementos coincidan con los del régimen laboral común, por lo que además de este criterio otros deben ser tomados en cuenta para determinar un régimen laboral especial.

IV. ¿CUÁNDO ESTAMOS ANTE UN RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL?

Luego de analizar los principales elementos que están presentes en el régimen laboral común y que coinciden con algunos regímenes laborales especiales,

(15) El Reglamento General de Seguridad y Salud en el Trabajo, aplicable a todas las actividades es el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, la cual se aplica de forma supletoria y complementaria a los demás regímenes especiales.

ensayemos algunos criterios o elementos para identificar un régimen laboral especial, consideremos que la doctrina y la jurisprudencia no han ahondado en el análisis de cada uno de ellos:

1.1. Actividad

Este elemento considero como uno de los criterios más claves para distinguir claramente si estamos o no ante un régimen especial.

De esta manera, la relación que se establece entre el trabajador y el empleador está determinada por las condiciones del trabajo a realizar en función de la actividad, así calificaría como un régimen laboral especial, la actividad de construcción civil dada sus características esenciales: la temporalidad y su ubicuidad relativa (labores en distintas obras). En igual sentido, se incorporaría como un régimen laboral especial, el régimen agrario y pesquero, actividades si bien en ambas se requiere esfuerzo físico superior a una actividad normal, en el caso de la actividad agraria, exige un esfuerzo físico importante y de manera constante que incluye el estar muchas horas de pie, agachado o en cuclillas, realizando movimientos repetitivos en posiciones corporales forzadas. En estos casos, la actividad genera el reconocimiento de derechos y beneficios laborales distintos.

Ahora bien, en el caso de la actividad minera si bien sabemos que requiere un mayor esfuerzo, dada la coincidencia en la mayoría de los elementos analizados en el numeral III, no lo consideraría como un régimen laboral especial porque son aplicables en su mayoría las disposiciones del régimen laboral común. En ese sentido, no solo deberá tenerse en cuenta como único elemento la naturaleza de la actividad para identificar un régimen laboral especial.

Finalmente, en este punto es importante acotar que soy una convencida que pese a que las normas de creación de las Mypes las consideran como un régimen laboral especial, no debería ser considerado como tal porque este régimen fue creado – inicialmente temporal – como una medida o política laboral del Gobierno de reducir los altos índices de informalidad más en él pueden incluirse todo tipo de actividades, salvo las expresamente excluidas. Así, es especial en la medida de que por los ingresos o tamaño de la empresa goza de beneficios laborales a favor de los empleadores, por lo demás, considero que su regulación vulnera el principio de igualdad, porque en un mismo centro de trabajo pueden convivir dos trabajadores realizando la misma labor, y uno de ellos por aplicación del régimen Mype con beneficios recortados, teniendo como única justificación la política del Estado.

1.2. Ámbito donde se realiza la prestación

Este criterio está referido a que el trabajador que pertenece a un régimen laboral especial presta sus servicios en un ámbito diferente a lo que se estila en el régimen laboral común. Al respecto, considero que los regímenes que calificarían como especial por este criterio son el de construcción civil, porque las labores son

realizadas mayormente en obras de construcción, agrario (en el campo), trabajadora del hogar, pesquero (en el mar), e incluso el minero (campamentos mineros, lugares de extracción), sin embargo, el caso más emblemático sería la del trabajadora del hogar porque presta sus servicios en el domicilio del empleador, sin que haya de por medio una actividad lucrativa por parte de este.

Como se puede apreciar, este criterio no sería de aplicación a las Mypes, ni a los trabajadores part time porque realizan sus labores en el mismo centro de trabajo que los que laboran a tiempo completo.

1.3. Naturaleza de la prestación del servicio

Otro elemento a considerar para identificar un régimen laboral especial es la naturaleza de la prestación del servicio, aunque no en todos los casos este elemento por sí solo permita calificar un régimen como especial. De esta manera, tenemos a los artistas, a los que laboran a domicilio, el trabajador del hogar, los estibadores que si bien sus labores no son similares a los del régimen laboral común, no es un elemento suficiente para que se tenga que calificar como un régimen especial. Si observamos cada uno de ellos, en todos están presentes los elementos como la remuneración, jornada, descanso vacacional regulados de la misma forma que en el régimen laboral común (con algunas especificaciones), con lo cual no considero que deberían ser calificados como regímenes laborales especiales, salvo el caso de los trabajadores del hogar porque existe otro criterio a considerar.

1.4. Condiciones especiales del trabajador

Algunos autores, entre ellos me incluyo⁽¹⁶⁾, hemos considerado para una mejor comprensión del lector establecer como régimen laboral especial en función a las condiciones especiales del trabajador, considerándose a los trabajadores extranjeros, trabajadores adolescentes, trabajadoras gestantes, trabajadores discapacitado, aprendices Senati, entre otros, con la finalidad de resaltar las principales obligaciones que tiene un empleador con estos sujetos especiales de protección, sin que necesariamente por este factor estemos ante la presencia de un régimen laboral especial.

En efecto, la condición particular del trabajador podría ser como no un criterio adicional para calificar a un régimen como especial, como sería el caso de un obrero especializado que normalmente labora en la actividad de construcción civil porque ese tipo de actividades requieren una mayor especialización, las trabajadoras del hogar deben reunir las características necesarias para brindar servicios propios de la casa, pero en el caso de una trabajadora gestante o adolescente no se requiere establecer un régimen laboral especial, bastaría con que la legislación laboral regule normas especiales de protección tanto para la gestante y el feto, y en el caso del adolescente, excluir de la realización de determinadas actividades riesgosas

(16) División realizada en la obra “Regímenes Laborales Especiales”, de Sara Campos Torres. Editado por Gaceta Jurídica – Soluciones Laborales. Año 2009.

por ejemplo. Sobre los trabajadores extranjeros, considero que no es conveniente un mayor comentario porque gozan de los mismos beneficios y derechos que los nacionales⁽¹⁷⁾.

En ese sentido, considero que criterio tampoco por sí solo genera la creación de un régimen laboral especial.

Finalmente, un criterio podría ser el tiempo de servicios o jornada, pero en este caso considero que sería un absurdo que en vista de que el trabajador que labora a medio tiempo se cree una legislación específica que regule sus beneficios y derechos cuando el ordenamiento ya prevé esta situación, o que debido a que el trabajador pesquero presta una jornada intermitente tenga que crearse un régimen especial, al igual que el trabajador minero que cumple jornadas acumulativas o atípicas, cuando las normas de jornada de trabajo son suficientes y aplicables a este.

V. CONCLUSIONES

- Las formas especiales de contratación están presentes tanto en el régimen laboral público como privado, en atención a rasgos o criterios que hacen necesario el establecimiento de regímenes especiales.
- Los elementos o aspectos contemplados por el régimen laboral común también se dan en los regímenes especiales, pero con determinadas particularidades que lo hacen distintos.
- Los criterios o factores para identificar un régimen laboral como especial están relacionados a la naturaleza de la actividad, ámbito de ejecución de la prestación, naturaleza de la prestación del servicio, condición especial del trabajador. No en todos los casos concurren de forma conjunta, en algunos casos se aplican de forma indistinta, cada “régimen” debe ser analizado para determinar si es un régimen especial o no.
- Algunos regímenes denominados como especiales no califican como tales, basta que el ordenamiento complementario lo ya regulado en la legislación laboral común.

(17) Según lo establecido por el Decreto Legislativo N° 689, Norma que regula la actividad de los extranjeros.

EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS - CAS

Inconstitucionalidad y principales riesgos procesales y económicos

Jesús Carrasco Mosquera^()(**)*

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el Decreto Legislativo N° 1057⁽¹⁾ (en adelante DL 1057) y el contrato administrativo de servicios ya se ha escrito bastante. A favor y bastante más, en contra. De un lado se ha dicho que es inédito, innovador y hasta modernizador del Estado, mientras que de otro lado se ha dicho que es ilegal, discriminatorio, deslaborizador y hasta inconstitucional. Lo cierto es que pocos han apuntado los riesgos procesales, económicos y hasta políticos a los que nos expone el mantener la vigencia de la norma, tal como está, sin pensar en su derogación o cuando menos, sin introducir algunos límites temporales a su vigencia.

Es sabido que desde el año 2008 el Estado, a través de sus distintas entidades gubernamentales centrales y desconcentradas, así como gobiernos regionales y

(*) Abogado constitucionalista, socio del estudio C y C Abogados. Consultor de la Defensoría del Pueblo y PCM en temas de derecho laboral y previsional. Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1999) y de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP (2003-2004). Asistente de cátedra en los cursos Derecho Del Trabajo I (Individual) y Derecho Procesal del Trabajo en la Facultad de Derecho de la UIGV.

(**) Promotor de la Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057 ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0002-2010-PI/TC).

(1) Ley que crea el contrato administrativo de servicios, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de Junio de 2008.

locales, en todo el país, han contratado incontinentemente a servidores y profesionales bajo la modalidad del régimen de Contratación Administrativa de Servicios - CAS, y a la fecha existen aproximadamente 50 mil trabajadores estatales bajo ese régimen especial, todos ellos laborando por un mínimo de 8 horas diarias (o 48 horas semanales), pero sin gozar los demás beneficios económicos que perciben los trabajadores de los regímenes laborales generales (Público: DL 276 y Privado: DL 728), lo que constituye a su vez, la potencial posibilidad de que se generen cincuenta mil reclamos judiciales exigiendo los demás beneficios económicos que gozan los demás trabajadores regulares, además de pedidos de reposición en el puesto de trabajo, con el consecuente impacto procesal que ello implicaría en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, así como la terrible factura que nos puede costar a todos los peruanos, el pagar esas eventuales sentencias.

Es por ello que el presente trabajo, advierte la inconstitucionalidad de fondo del DL 1057 y del régimen de contratación que introduce, empezando por desnudar la inidoneidad de la norma con la simple aplicación del Test de la Igualdad, y apunta los graves riesgos procesales y económicos a los que nos expone, además de advertir su incompatibilidad con la función pública estatal, y con otras leyes especiales, que expresa o tácitamente, prohíben la ausencia de una relación laboral en determinados grupos de trabajadores.

Finalmente es propicia la oportunidad para extender mi sincero reconocimiento a la valiosa colaboración de la **Dra. Victoria Ampuero de Fuertes**, ex presidenta del Fuero Laboral y ex magistrada de la Corte Suprema de la República, sin cuyos oportunos aportes hemerográficos no se habría podido elaborar la presente ponencia.

II. INCONSTITUCIONALIDAD POR FONDO

1. Test de la Igualdad

La inconstitucionalidad por fondo del DL 1057 se ve descubierta con el simple sometimiento de su contenido al Test de la Igualdad o de la Razonabilidad, sin necesidad de ingresar al examen artículo por artículo, el cual ciertamente, desnudaría aun mas, sus graves antinomias con la Constitución, pero dejaremos dicho análisis para mas adelante.

Dicho esto, corresponde utilizar aquella herramienta constitucional diseñada por la doctrina y perfeccionada por la abundante jurisprudencia constitucional, para determinar si un trato desigual y normativamente diferenciado deviene en un trato discriminatorio, consistente en la aplicación del TEST DE LA IGUALDAD, conforme lo ha dispuesto el propio Tribunal Constitucional, y así explorar

por sus sub exámenes de Idoneidad⁽²⁾, de Necesidad⁽³⁾ y de, Proporcionalidad, si la implementación del régimen de contratación administrativo de servicios – CAS, resulta ser RAZONABLE y si era indefectiblemente NECESARIO, para luego, establecer si la misma vulnera el Derecho-Principio de la Igualdad, previsto en el Artículo 2.2 de la Constitución.

1.1. Sub Examen de Idoneidad

Comencemos por el artículo 1 del DL 1057, el cual establece que el objeto del régimen especial de contratación administrativo de servicios – CAS, es el de **“garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública”**. Seguidamente, en el artículo 2 de la misma norma, se sostiene que su aplicación es para toda entidad estatal sujeta al régimen laboral de la actividad pública (DL 276), como también en aquellas entidades sujetas al régimen laboral de la actividad privada (DL 728), sin embargo en el artículo 3, se puntualiza, a modo de deslinde, que el CAS no pertenece a ninguno de los dos regímenes laborales mencionados, y que constituye una **“modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado”**.

Se advierte claramente, una contradictoria legislación entre el artículo 2 y el artículo 3 del referido DL 1057, toda vez que no resulta **razonable** que existiendo dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la administración pública, como son los contenidos en los DL 276 y DL 728 (los que ya vienen generando suficiente desorden⁽⁴⁾ en el sector público), se introduzca un tercer régimen de contratación de servicios, ausente de los mismos derechos laborales que ofrecen el público y el privado, y lo que es más grave, que la propia norma aliente su carácter no laboral pese a obligar a trabajar 8 horas diarias, sin que esto constituya jornada ordinaria de trabajo. Este objetivo de la norma, *prima facie*, no resulta ser constitucionalmente legítimo.

Efectivamente, si revisamos el artículo 6 del DL 1057, encontraremos que el régimen del CAS, comprende un máximo de 48 horas semanales frente a un descanso semanal de 24 horas, lo que equivale a decir que la jornada diaria resultante

(2) **Subprincipio de idoneidad o de adecuación.** De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. Fj. 22 del Exp. 0009-2007-AI/TC-00010-2007-AI/TC.

(3) **Subprincipio de necesidad.** Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Fj. 22 del Exp. 0009-2007-AI/TC-00010-2007-AI/TC.

(4) Efectivamente, este indiscutible desorden que viene desde hace más de 10 años en el sector público ha merecido la promulgación de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, la que aun no termina de zanjar este desorden.

de dicho servidor, es de **8 horas diarias como mínimo**⁽⁵⁾, a cambio de una contraprestación económica de carácter civil o administrativa (que nunca constituirá remuneración) y 15 días de vacaciones anuales, mientras que un servidor del régimen laboral público o privado de esa misma entidad, que efectúa el mismo trabajo y bajo el mismo horario, va recibir una remuneración completa, 30 días de vacaciones, y, una bonificación o compensación por tiempo de servicios –CTS equivalente a una remuneración mensual por año (remuneración básica en el caso de los del DL 276), generándose una intolerante situación de desigualdad, que no hace más que desnudar la INIDONEIDAD de la norma impugnada, además de contravenir el Artículo 26, inciso 1, de la Constitución⁽⁶⁾.

1.2. Sub Examen de la Necesidad

Del mismo modo, en lo referido al sub examen de la Necesidad del DL 1057, debemos recordar que el acceso e ingreso de servidores a la administración pública, ya se encontraba regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 276), norma que en su artículo 1 dispone expresamente como su objeto:

“(…) Permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público”.

Esta precitada norma, a la fecha se encuentra vigente, y lo que es más, ha sido refrendada por la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, sin embargo, ese mismo objetivo se ha visto repetido, *mutatis mutandi*, en el artículo 1 del DL 1057 al crear el novísimo contrato CAS. Por una cuestión de mínima técnica legislativa, debió obviarse esa redacción ya que no resultaba ser necesaria.

Por ello, no termina de entenderse cual era la necesidad de crear un nuevo sistema de ingreso a la administración pública, si ya existía un sistema alternativo bastante claro y definido, provisto de derechos laborales, como lo es el del régimen laboral público (DL 276). Mas aun, la paradoja tampoco se termina de aclarar, si encontramos que para aquellas entidades públicas de derecho privado u órganos constitucionalmente autónomos sujetos a la misma actividad (Ejemplos: Essalud, Indecopi, Sunarp, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Etc) se les permite el uso del régimen de contratación laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo 728 (Ley de Competitividad y Productividad Laboral), el cual también permite el ingreso de servidores públicos al Estado con no menos derechos laborales, no debiendo ser necesaria la aplicación de ningún CAS en dichas entidades.

(5) Dicha jornada diaria, bien podría ser de más horas en el caso que en la entidad estatal solo se trabaje por 5 días a la semana, en cuyo caso la jornada sería de más de 9 horas diarias para el servidor CAS.

(6) Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral
“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
1. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACIÓN”.

Es evidente que una modalidad contractual de indiscutible contenido laboral⁽⁷⁾, al que expresamente se le ha quitado dicho carácter, denominándosele como una simple “modalidad especial del derecho administrativo”⁽⁸⁾ (ausente de beneficios laborales), no hace más que reducir el contenido esencial del Derecho al Trabajo a su mínima expresión, lo que contraviene el segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado⁽⁹⁾.

Podemos concluir, que el DL 1057 no supera el sub examen de la Necesidad, en razón de que devenía en innecesaria la creación del inédito sistema de contratación CAS como forma de ingreso a la administración pública, toda vez que ya existían las vías alternas de contratación de personal para dicho sector (DL 276 y DL728), y este debía ser el objetivo del gobierno de turno, el de promover y mejorar dichos caminos ya existentes y no establecer uno nuevo.

1.3. Sub Examen de la Proporcionalidad

Finalmente, al revisar los demás artículos del DL 1057, especialmente los artículos 5 y 6, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, encontramos que el contrato CAS puede ser eterno, al no imponer un límite temporal a la posibilidad de renovación contractual⁽¹⁰⁾ y sin una mínima protección frente al despido, es más ni la ley ni el Reglamento, establecen verdaderas reglas de protección frente a la decisión unilateral del empleador estatal de poner fin al contrato.

El reglamento, introduce un supuesto procedimiento de inmediatez, en donde el servidor CAS puede efectuar un descargo, y establece una supuesta compensación económica en su favor de 2 sueldos si es que es despedido inmotivadamente, pero todo ello, sujeto a la condición de que tenga que recurrir al Poder Judicial, en vía de acción, lo que en buena cuenta significa que a nivel administrativo, la entidad puede mandarlo a su casa en el momento que quiera, sin estar obligado a motivar su decisión en causal alguna, y lo que es peor, exponiendo su caso al arbitrario y nefasto terreno de la subjetividad patronal-estatal. Es ahí donde advertimos una INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, al obviarse una norma de desarrollo legal que respete el Derecho a una Adecuada Protección Frente al Despido, prevista en el Artículo 27 de la Constitución Política del Estado.

Nos encontramos entonces, con una norma totalmente desproporcionada que introduce un régimen de contratación manifiestamente laboral en los hechos, pero

(7) Por cuanto impone la obligación de trabajar continuamente por 48 horas semanales dentro de la sede de la entidad estatal, a cambio de una retribución económica mensual.

(8) Hemos efectuado una revisión de los distintos tratados y estudios del Derecho Administrativo, y no hemos podido encontrar la regulación de una modalidad contractual de servicios personales para el Estado.

(9) Constitución, Art. 23: segundo párrafo:

“El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

(10) Se dice que su duración es de un año, pero el Reglamento permite que la renovación no tenga límites.

revestido de un cobertor administrativo, con la única finalidad de redimir algunos derechos laborales y omitir muchos otros, siendo su única justificación, tal vez la económica, con el único propósito de desmejorar el acceso al empleo público y evitarse el pago de derechos laborales. He ahí donde radica la importancia en la responsabilidad del Congreso de la República de compartir su exclusiva labor constitucional de legislación con el Poder Ejecutivo.

En ese sentido, en palabras del tratadista español Andrés Ollero, el control constitucional de la igualdad ante la Ley, se debería reducir a una **Igualdad en la Ley**, de modo tal que el legislador evite normas particularizadas “*ad casum*” y diseñar normas generales, que no contemplaran entre sus destinatarios trato desigual alguno sin contar con un fundamento objetivo y razonable⁽¹¹⁾. En el presente caso, el Poder Ejecutivo no ha previsto ni definido ningún objetivo razonable en la dación del DL 1057, para regular este inédito sistema de contratación administrativo.

Frente a esta evidente situación de desigualdad que promueve la norma impugnada y que alienta el tratamiento laboral discriminatorio en una misma entidad del Estado, al punto de permitir que frente a una misma actividad y una misma jornada de trabajo se otorguen distintas prestaciones económicas, y ante la evidente irrazonabilidad y desproporcionalidad de la expedición de la norma, se concluye que el DL 1057, en su totalidad, no supera el Test de RAZONABILIDAD, que toda norma legal debe superar para introducirse al ordenamiento legal, siendo el efecto de su contenido en manifiestamente discriminatorio, **y por lo tanto, en vulnerador del principio-derecho de Igualdad ante la Ley.**

Coincidente con nuestro apunte, es el connotado laboralista y ex Ministro de Trabajo **Javier Neves Mujica** quien además sostiene que la vulneración del derecho a la Igualdad ante la Ley de los trabajadores, también se da respecto a los empleadores, cuando dice: “(...) a la ya cuestionable existencia de dos regímenes laborales dentro del Estado para la ejecución de labores similares: El del sector público y el de la actividad privada, se suma la de un tercer régimen, a cuyos trabajadores se les procura un trato marcadamente diferente y, en este caso, inferior. Lo segundo, porque los empleadores de la actividad privada no disfrutan de la ventaja de contratar en una modalidad equivalente trabajadores subordinados excluidos del régimen general. Todo ello ocurre sin la existencia de una causa objetiva y razonable”.⁽¹²⁾

(11) OLLERO TASSARA, Andrés. Igualdad en la aplicación de la Ley, Centro de Estudios Político Constitucionales- CEPC. Madrid 2005, p. 109.

(12) NEVES MUJICA, Javier. *Principales Objeciones al Contrato Administrativo de Servicios*, publicado en Laborem N° 09, 2009, pp. 90 y 91

2. Análisis constitucional de algunos artículos

Inconstitucionalidad del artículo 3 del DL 1057 (primer párrafo)

Artículo 3.- Definición del Contrato Administrativo de Servicios

“El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

Es evidente que una modalidad contractual de indiscutible contenido laboral (por cuanto impone la obligación de trabajar continuamente por 48 horas semanales dentro de la sede estatal, a cambio de una retribución económica mensual), al que expresamente se le ha quitado dicho carácter, denominándosele como una simple “*modalidad especial del derecho administrativo*”⁽¹³⁾, no hace más que reducir el contenido esencial del Derecho al Trabajo a su mínima expresión, lo que contraviene el segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado⁽¹⁴⁾, que dispone la obligación del Estado de promover políticas para el fomento del empleo productivo.

Entonces, si el propósito del Poder Ejecutivo era el de introducir el CAS como una suerte de modalidad de empleo productivo, falló en su intento, toda vez que dicho término significa indefectiblemente, un empleo provisto de beneficios laborales y de seguridad social. Así, la propia Organización Internacional del Trabajo – OIT, ha interpretado la idea del **empleo productivo**, en dos sentidos, como aquel que adquiere tanto para efectos cuantitativos (número de puestos de trabajo), como también, la calidad del mismo, es decir, el acceso a derechos laborales y a la seguridad⁽¹⁵⁾.

No obstante esta disposición internacional, el CAS, no provee casi ningún beneficio laboral, excepto una vacación de 15 días y el acceso a prestaciones de salud en el Seguro Social de Salud⁽¹⁶⁾, mas no provee gratificaciones de Ley ni bonificaciones extraordinarias ni mucho menos compensaciones por tiempo de servicios, y lo que es más grave, no establece causales para un despido, pudiendo hacerse esta extinción con la sola decisión unilateral del empleador, conforme lo evidencia

(13) Hemos efectuado una revisión de los distintos tratados y estudios del Derecho Administrativo, y no hemos podido encontrar la regulación de una modalidad contractual de servicios personales para el Estado.

(14) Que dice: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

(15) Recogido en: *Trabajo decente y protección para todos*. Dirección General de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 1 Edición, 1999.

(16) El derecho a pensiones que otorga el DL 1057, no es un derecho concedido por la norma, toda vez que este es asumido por el servidor por imposición normativa en forma de un descuento para el sistema privado de pensiones o para la ONP, no existiendo diferencia con los anteriores servidores SNP, quienes también podían recurrir a dichos sistemas si lo deseaban.

el artículo 13.3 del Reglamento del DL 1057⁽¹⁷⁾, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Evidentemente, el CAS no constituye, por ningún caso, una forma de empleo productivo.

En ese mismo sentido, lo dispuesto en el precitado artículo 3 del DL 1057, también contraviene el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado ⁽¹⁸⁾, ya que la sola precisión que se hace, de que el CAS no forme parte del régimen laboral público (DL 276), como tampoco del régimen laboral privado (DL 728), termina por consumir la desprotección de derechos fundamentales básicos, como son el Derecho a la Sindicación y Negociación Colectiva⁽¹⁹⁾, y la Protección Adecuada frente al Despido⁽²⁰⁾, toda vez que la Ley del CAS no permite el ejercicio de estos dos derechos, lo que a su vez consagra una relación laboral limitada para el ejercicio de derechos constitucionales, que evidentemente rebaja la dignidad del trabajador; situación que se encuentra prohibida por la Constitución en el precitado tercer párrafo del Artículo 23;

Esta prohibición constitucional atropellada por el DL 1057, resulta extensiva, incluso, para aquellas relaciones generadas en trabajadores independientes⁽²¹⁾, en todo caso, por extensión es perfectamente aplicada a la “relación administrativa” generada en el CAS, toda vez que por esta se obliga a un servidor a laborar de manera permanente y cumpliendo un horario de trabajo, pero sin opción a sindicalizarse, pese a que este es un derecho incluso de los trabajadores públicos, conforme lo establece la parte *ad initio* del Artículo 42 de la Constitución, que a la letra dice:

“Artículo 42

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. (...)”

(17) Decreto Supremo N° 075-2008-PCM

Artículo 13.3.- Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, **el Juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses**”.

(18) **Constitución, Artículo 23 (tercer párrafo):**

“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”

(19) **Constitución Política del Estado**

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de Sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”.

Artículo 42.- Derecho de Sindicación y Huelga de los servicios públicos

“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos”.

(20) **Artículo 27.- Protección del Trabajador frente al despido arbitrario**

“La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

(21) Así lo interpreta el laboralista de Estado, Cesar Gonzáles Hunt cuando comenta el tercer párrafo del referido Artículo 23 de la Constitución, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica, 1999.

Resulta necesario reiterar que uno de los compromisos del Estado Peruano en el TLC-USA, contenido en su Capítulo 17, artículo 17.2⁽²²⁾, es precisamente la obligación de **PROTEGER Y REFORZAR EL SISTEMA LABORAL YA EXISTENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO**, sin embargo advertimos que el contenido del DL 1057, no tiende a mantener el sistema laboral ya existente mucho menos a reforzarlo, por el contrario lo debilita al punto, de no garantizar, siquiera, el respeto a los derechos fundamentales de **Asociación, de Negociación Colectiva y de Eliminación de la discriminación entre empleo y ocupación**, los cuales también constituyen parte de los compromisos asumidos por el Estado.

Por ello, se advierte con preocupación que el artículo 3 de la Ley del CAS no solo resulta inconstitucional por contravenir los Artículos 23 (Segundo y Tercer párrafo) y 42 de la Constitución Política, sino también, por contravenir el texto expresado del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos (TLC - USA), del cual el Perú está obligado a honrar sus compromisos.

Inconstitucionalidad del artículo 5 del DL 1057

Artículo 5.- Duración

“El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable”.

A primera lectura encontramos que esta norma no establece un límite temporal para la vigencia del CAS, permitiendo la permanencia indefinida del servidor afectado, sin posibilidad alguna de que en algún momento pueda gozar de algún beneficio laboral adicional o derecho constitucional, mas aun, se le deja sin la posibilidad de que, eventualmente y luego de haber pagado un “derecho de piso” o fase inductiva, pueda pasar a la planilla regular de la entidad estatal y así igualar a su compañero de trabajo que si goza de CTS, Gratificaciones, además de cierta estabilidad en el régimen laboral que se encuentre (público o privado).

Esta disposición resulta sumamente grave, si consideramos que tanto el régimen laboral público (DL 276), como el régimen laboral privado (DL 728), regulan periodos temporales de ingreso, siempre limitados (3 y 5 años, respectivamente),

(22) Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, Capítulo 17 LABORAL

“Artículo 17.2: Derechos laborales fundamentales

Cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT):

La Libertad de asociación

El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

La eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;

La abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y

La eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación

(...)” (negrita son nuestros)

pero siempre sujetos a vínculo laboral. Así tenemos, que en el régimen laboral público un servidor contratado solo podrá ser renovado por un plazo máximo de 3 años, en cuyo caso pasará a ser nombrado indefectiblemente por la entidad estatal, del mismo modo sucede en el régimen laboral privado, un trabajador podrá ser contratado a plazo determinado hasta un máximo de 5 años, tiempo a partir del cual su contrato se convertirá automáticamente en uno de plazo indeterminado.

Sin embargo, estas fases de temporalidad limitada no se aprecian en el novísimo régimen contractual del CAS, por el contrario, dicho régimen se introduce con la indicación de que el respectivo contrato “**PUEDE SER PRORROGADO CUANTAS VECES CONSIDERE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN FUNCIÓN A SUS NECESIDADES**”⁽²³⁾, es decir que el CAS puede operar sin limitación temporal alguna, dejando abierta la posibilidad de que un servidor público trabaje para el Estado eternamente, sin percibir derechos laborales básicos (gratificaciones, vacaciones de 30 días y CTS) y sin posibilidad alguna de que eventualmente adquiera un estatus laboral regular, o pueda acceder a hacer una línea de carrera administrativa.

Efectivamente, en un estado constitucional de derecho, el cual se instituye con la irrestricta independencia de poderes y el respeto supremo de los derechos fundamentales, y el acceso progresivo a derechos permanentes y no eventuales, resulta incomprensible que el Poder Ejecutivo imponga una norma legal que establezca una situación de eventualidad permanente e ilimitada, desposeída de derechos básicos y que no apunta hacia ningún norte en favor del servidor. O como llama Neves Mujica: Vínculo temporal sin labor temporal y sin límite a la renovación, constituye una grosera infracción al derecho a la estabilidad laboral en su fase de entrada.⁽²⁴⁾

Por ello, el referido artículo 5 de la Ley del CAS, contraviene el artículo 23 de la Constitución Política del Estado, en su tercer párrafo, toda vez que el carácter atemporal del contrato CAS, sin posibilidad de equiparar a otros regímenes laborales en determinado momento, evidentemente va generar la desvalorización de la dignidad de dicho trabajador.

En ese mismo sentido, Gonzalez Hunt también sostiene que el régimen del CAS debe ser transicional y orientado hacia la formalización progresiva de las relaciones contractuales, mas no debe ser considerado como un régimen permanente desprovisto de una verdadera relación laboral, en cuyo caso se configura un esquema contrario a la Constitución⁽²⁵⁾.

(23) Frase textual utilizada en el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, para precisar que el contrato CAS puede ser renovado ilimitadamente por la entidad estatal.

(24) NEVES MUJICA, Javier. *Principales Objeciones al Contrato Administrativo de Servicios*, publicado en Laborem N° 09, 2009. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 89

(25) Entrevista a Cesar Gonzalez Hunt, publicada por revista *Jus Doctrina y Practica*. Diciembre de 2008 (12/2008), pp. 3-5

Inconstitucionalidad de los artículos 6.1 y 6.2 del DL 1057

Artículo 6.- Contenido

“El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

6.1 Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.

6.2 Descanso de veinticuatro (24) horas de prestación de servicios a la semana”.

La inconstitucionalidad de los precitados artículos es manifiesta, toda vez que no hacen mas que repetir la JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO y el derecho al descanso semanal remunerado, previstos en el Artículo 25⁽²⁶⁾ de la Constitución, como elementos constituyentes del CONTRATO DE TRABAJO y de toda relación laboral, sin embargo los demás artículos del DL 1057 no hacen mas que reiterar, obtusamente, el carácter “*no laboral*” del régimen del CAS, con el único propósito de desconocer el pago de una remuneración por el servicio administrativo brindado por dicho servidor, lo que termina por contravenir a su vez el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución⁽²⁷⁾, toda vez que la Ley del CAS simplemente consagra una contraprestación económica de carácter administrativa, mas no una remuneración;

Resulta claro que cuando la Constitución consagra la jornada laboral en 48 horas semanales u 8 horas diarias a cambio de una remuneración, establece el marco constitucional para que a partir de ahí, se introduzca cualquier otro régimen de contratación de personal, no pudiendo existir un régimen que imponga la obligación de laborar bajo esa jornada, pero desprovisto de los derechos laborales que le son inherentes y que ya existen en nuestro ordenamiento.

Es evidente que lo que pretende regular el DL 1057, es utilizar la jornada ordinaria laboral, bajo relación de dependencia y subordinación (acreditada con la imposición de que las labores se realicen en la sede estatal), para dotarle de menores derechos constitucionales y evitarse el pago de una verdadera remuneración al nuevo trabajador estatal. Sobre el particular, la abundante doctrina que existe sobre la materia, no concibe una jornada ordinaria de trabajo, fuera de un contexto laboral o fuera de un contrato de trabajo. Así tenemos que, Alonso Olea y Casas Bahamonde, sostienen que “*por jornada de trabajo se entiende el tiempo que cada día ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo diario, semanal*

(26) **Constitución Política del Estado**

Artículo 25.- Jornada Ordinaria de Trabajo

“La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo.
(...)”

Los trabajadores tiene derecho a descanso semanal y anual remunerados”.

(27) **Artículo 24.- Derechos del Trabajador**

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

o anual⁽²⁸⁾, lo que significa que no puede existir prestación de jornada de trabajo fuera de un contexto laboral, como la Ley del CAS pretende imponer.

En ese sentido, concluiremos que la ausencia del concepto REMUNERACIÓN, con esa misma nomenclatura, dentro de la relación entre el Estado y el servidor CAS, también resulta inconstitucional, toda vez que el artículo 24 de la Constitución, consagra el otro elemento de un contrato de trabajo, y este es precisamente que: “*El Trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para el y su familia, el bienestar material y espiritual*”. La Ley del CAS no regula ese derecho, por el contrario, dispone simplemente el pago de una contraprestación económica, lo que termina configurando la perfecta evasión de derechos laborales como la CTS, Gratificaciones de Ley, Etc

3. Inconstitucionalidad por Omisión del DL 1057 y su Reglamento (ausencia del Derecho de Protección frente al Despido)

Otro aspecto grave del DL 1057, y que acarrea su indefectible inconstitucionalidad, en este caso Inconstitucionalidad por Omisión, es la ausencia de una precisión normativa que disponga una adecuada protección frente al despido, tal conforme lo obliga la Constitución en su Artículo 27, toda vez que la Ley del CAS no hace ninguna precisión respecto a este derecho del trabajador, mas no así su Reglamento, el cual si bien pretende regular supuestas causales para la extinción del contrato administrativo, como son fallecimiento, mutuo acuerdo, decisión unilateral del trabajador e invalidez absoluta, termina consagrando la decisión unilateral de la entidad (ausente de justificación) como un supuesto más de extinción del contrato, con lo cual, el Estado se auto permite despedir a un trabajador CAS en el momento que quiera;

Efectivamente, basta revisar el Artículo 13.3 del Reglamento de la Ley del CAS, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, donde encontraremos lo siguiente:

“13.3 Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, **el Juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses**”. Negrita y subrayado son nuestros

Se advierte que el referido Reglamento, no hace mas que configurar la posibilidad de que el trabajador CAS pueda ser víctima de extinción de su contrato administrativo de servicios con la sola decisión unilateral e injustificada del empleador estatal, y lo que es mas grave, sin la posibilidad de que este trabajador reciba algún beneficio económico que repare dicha decisión, debiendo acudir obligatoriamente

(28) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 18 Edición, editorial Civitas, Madrid, 2000.

al Poder Judicial para que un Juez, luego de un largo, costoso y engorrosísimo proceso judicial, ordene en su favor el pago de los meses dejados de percibir, hasta un máximo de dos meses.

Así, el Reglamento resulta ser más draconiano que su propia Ley. No consagra absolutamente ninguna protección contra el despido del servidor CAS, no establece verdaderas causales relacionadas a la conducta del trabajador y tampoco establece un verdadero procedimiento de inmediatez, y peor aun, no dispone un pago directo a favor de dicho trabajador despedido, al menos la Ley y el Reglamento no autorizan a la entidad estatal efectuar algún pago compensatorio inmediato a favor del trabajador despedido. Esta omisión en el DL 1057 y su correspondiente Reglamento, evidentemente configura una inconstitucionalidad por Omisión, al no prever disposición alguna tendiente a hacer respetar el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, norma que dispone que **LA LEY DEBE OTORGAR ADECUADA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO**, por lo que la Ley del CAS no hace mas que contravenir dicha disposición constitucional

III. CONSECUENCIAS PROCESALES Y ECONÓMICAS DE MANTENER DEL REGIMEN DEL CAS

No es propósito de la presente ponencia, alentar el incremento indiscriminado de la planilla estatal, pero tampoco podemos dejar de alertar las terribles consecuencias que va causar al propio Estado, si es que este mantiene la vigencia del DL 1057 tal como está, sin que sea derogada o cuando menos, modificada en el sentido de que el contrato CAS sea solo un régimen temporal y limitado, como etapa previa a una futura contratación del servidor en el régimen laboral que corresponda a dicha entidad estatal, DL 276 o DL 728, según sea el caso, o encaminada a recibir los mismos derechos de esos dos regímenes, tal conforme opinó recientemente Pedro Morales Corrales en una entrevista en Radio Programas del Perú⁽²⁹⁾.

Pero todo hace indicar que, el Ejecutivo no ha hecho una mínima evaluación del costo-beneficio de su norma, toda vez que persistir en la vigencia del DL 1057, como aparentemente es su deseo, va generar indefectiblemente, y como ya se viene generando, sendas sentencias del Poder Judicial⁽³⁰⁾, ya sea en el fuero constitucional, laboral o contencioso administrativo, tendientes a ordenar la reposición del trabajador CAS o el reconocimiento de los beneficios laborales que correspondan al principal régimen de contratación que predomine en la entidad estatal, lo que a

(29) Ver entrevista concedida a Radio Programas del Perú el 25.08.10: <http://www.rpp.com.pe/2010-08-25-cas-pretendio-ir-avanzando-en-reconocimiento-de-derechos-opinan-noticia_290477.html>.

(30) Hasta la fecha (Mayo-2010) el diario oficial El peruano, ha publicado dos (02) sentencias definitivas, expedidas dentro de procesos de amparo, por las Cortes Superiores de Cajamarca y de San Martín, publicadas el 30.10.2009 (Exp. 2008-1703, María Chalán Salcedo Vs. INC Cajamarca. Sala Especializada en lo Civil) y 31.01.2010 (Exp. 2009-0097, Sala Mixta Itinerante de Moyobamba), en las que disponen que el contrato CAS encubre una relación laboral, y ordenan la inmediata reposición de dichos servidores.

la larga va impactar económicamente a todas las entidades estatales, quienes deberán pagar beneficios económicos con intereses de ley, además de tener que reponerlos, eventualmente, en sus puestos de trabajo.

Resultaría iluso confiar en la continuidad de los contratos CAS, sin que los servidores afectados, al cabo del cese de su “vínculo administrativo” no exijan el reconocimiento de los mismos derechos laborales, que sí le son otorgados a aquellos trabajadores que realizan la misma labor que ellos. Dichas demandas, se sustentarán en el PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD DE LOS HECHOS y en el novísimo Art. 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497)⁽³¹⁾, norma que determina la presunción de la existencia del vínculo laboral, con la sola acreditación de la prestación personal de los servicios, sin necesidad de tener que acreditar la subordinación ni la dependencia.

Es por ello, que ya no sorprende que las diferentes cortes de justicia del país, en procesos ordinarios (laborales y contenciosos administrativos) y extraordinarios (amparos) vengán fallando en perjuicio del Estado, inaplicando el DL 1057 en perfecta aplicación del Control Difuso de la Constitución⁽³²⁾, ordenando en algunos casos el reconocimiento de beneficios económicos e indemnizaciones, y en otros no pocos casos, la reposición de trabajadores con el correspondiente pago de sueldos devengados por trabajo no realizado, ya que a estas alturas del partido resulta clarísimo que el vínculo de un servidor CAS con el Estado, importa una verdadera relación laboral, desde el momento en que la propia norma define al contrato como una prestación de servicios NO AUTÓNOMOS y obliga a que se trabaje bajo la Jornada Ordinaria de Trabajo más una expresa dependencia.

Finalmente compartimos la tesis expresada por Federico Mesinas Montero en su editorial de la revista de Diálogo con la Jurisprudencia (N° 139, Abril-2010) quien señala que se hace necesario un pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional a fin de evitar la avalancha de demandas de trabajadores CAS, fenómeno procesal y económico al que también ha catalogado, sin exceso de exageración, como una “bomba de tiempo”⁽³³⁾, que de no detenerse, eventualmente podría ser solventada con el bolsillo de todos los peruanos.

(31) Ley 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo): Carga de la Prueba Artículo 23.2 “*Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario*”.

(32) Hasta la fecha existen dos (02) sentencias de la Corte Superior de Lima, segunda y tercera Sala Especializada Laboral de Lima, respectivamente, que han resuelto declarar la inconstitucionalidad del DL 1057 al caso concreto, ex

(33) Término expresado por Rocío Limas Vásquez y Romy Repetto Reátegui, quienes en su artículo “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS ¿Una solución o un problema?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Derecho Público y Privado. Editado por Normas Legales, N° 94, Año 2008, p. 58.

IV. CONCLUSIONES

1. El régimen del CAS debe ser transicional, es decir debe introducirse un límite temporal a la renovación contractual y orientarlo hacia un pase progresivo a la formalización del trabajador CAS. El referido contrato resulta inconstitucional en la medida que se mantenga como permanente, y no sea transicional.
2. Lo que el Estado pretende ahorrar el día de hoy con la dación y vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, mañana lo terminará pagando con creces, y muy probablemente con el bolsillo de todos los peruanos, cuando tenga que asumir el costo económico y procesal de todas las sentencias que se expidan por cada servidor CAS.
3. El DL 1057 adolece de inconstitucionalidad por omisión, al no contemplar una mínima protección adecuada frente al despido del servidor CAS, tal conforme lo ordena el Art. 27 de la Constitución.
4. El DL 1057, si bien se dictó dentro del marco de la implementación del acuerdo comercial con los Estados Unidos de América, termina por contravenir dicho acuerdo en su Capítulo 17, al no contemplar el ejercicio de los derechos de sindicalización y negociación colectiva, lo que nos expone a una eventual sanción o denuncia del tratado por parte de ese país.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS RÉGIMENES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL Y DE TRABAJO PORTUARIO

Castañeda Elvira

INTRODUCCIÓN

El artículo 45 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que en los supuestos en los que no ha existido una convención previa, ambas partes deberán ponerse de acuerdo para determinar el nivel en el que se llevara a cabo la negociación. A falta de acuerdo, la negociación colectiva deberá llevarse a cabo a nivel de empresa.

Esta disposición ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional (en adelante el TC) tanto en el caso del régimen de construcción civil (Caso CAPECO), como el caso de los trabajadores portuarios (Caso SUTRAMPORC), llegándose a establecer en una reciente sentencia que parte de la misma resulta inconstitucional, toda vez que impone a las partes la negociación a nivel de empresa.

En el presente artículo, pretendemos analizar el problema de la determinación del nivel de negociación colectiva de acuerdo a nuestro marco legal, así como la evolución de la postura asumida por el TC respecto al tema en el caso de estos regímenes especiales de contratación laboral.

I. LA UNIDAD NEGOCIAL Y EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN

1. La unidad de negociación colectiva

El convenio colectivo de trabajo es el resultado típico de la negociación colectiva y, como tal, guarda una estrecha relación con la organización sindical y el empleador o grupo de empleadores que han participado en su elaboración.

La unidad de negociación constituye el marco en el que se desarrolla el convenio colectivo, esto es, el conjunto de relaciones de trabajo que son tomadas en cuenta para el establecimiento de un convenio colectivo que regulará las condiciones de trabajo que le serán aplicables. En palabras de Miguel Rodríguez Piñero, *“la unidad coincide con el círculo de intereses profesionales que pueden ser tutelados y regulados por un convenio colectivo”*⁽¹⁾.

La determinación de las unidades de negociación⁽²⁾ es importante tanto para la parte trabajadora como para la parte empleadora, no solo porque con ello se define el ámbito sobre el que recaerán los efectos del convenio, sino también, porque ello definirá la relación de fuerzas que habrá en medio del procedimiento de negociación colectiva⁽³⁾.

(1) Rodríguez Piñero, Miguel, “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994, p. 325.

(2) Villavicencio señala que las unidades de negociación se constituyen sobre la intersección de dos elementos: a) tipo de unidad de negociación y b) área de unidad de negociación. El primer término alude a la base asociativa del grupo que negocia en representación de los trabajadores, esto es, la organización sindical ante la que nos encontramos. Por el contrario, el área de unidad de negociación esta referida a la dimensión de la organización empresarial con la que se negocia. Bajo este contexto, los tipos de unidad de negociación serán, por ejemplo, de profesión u oficio, o sector o actividad, los que darán origen a unidades de negociación verticales u horizontales. Las áreas de negociación podrían ser, por su parte, el centro de trabajo, una sección dentro del centro de trabajo, varias secciones dentro del centro de trabajo, una empresa, varias empresas de un sector, todas las empresas de un sector o industria, todas las empresas de un sector o industria en diferentes niveles territoriales, etc. La combinación de tipos y áreas puede dar lugar a una numerosa y variada red de unidades de negociación, las cuales, a su vez, estructuran un sistema de negociación colectiva en determinado contexto. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”, en Asesoría Laboral, Lima, abril 1996, p. 18.

(3) En efecto, es evidente que en medio de un procedimiento de negociación colectiva ambas partes ostentan intereses contrapuestos que, a la larga, tendrán que resolverse en función a la fuerza con la que cuente cada una para imponer a la otra sus condiciones en medio de la negociación. En algunos casos, la parte trabajadora buscará que la unidad de negociación abarque a la mayor cantidad de trabajadores posible, a efectos de adquirir mayor fuerza de presión frente a la parte empleadora. Frente a este contexto, la parte empleadora buscará reconducir la negociación a unidades menores, en las que su contraparte no tenga una real capacidad de presión, con lo cual, no tendrá que ceder en gran medida al momento de llevar a cabo la negociación. Por el contrario, habrán supuestos en los que a la parte trabajadora le será más conveniente llevar a cabo la negociación en una unidad reducida, en vez de una negociación que abarque a muchos trabajadores, toda vez que en este último caso, quizás no se cuente con una representación sindical organizada y fuerte para hacer frente a la parte empleadora, y obtener los beneficios y condiciones a los que se aspira. En este contexto, tal vez para el empleador sea más conveniente reconducir la negociación a esta unidad mayor,

Un modelo de relaciones de trabajo debería permitir que las partes elijan libremente la unidad de negociación colectiva que estimen más conveniente, esto es, que en uso de su autonomía colectiva ambas partes definan sobre quienes recaerán los efectos de la negociación que llevarán a cabo.

Sobre este punto, señala Villavicencio que la facultad de las partes de decidir libremente la unidad o el nivel en el que llevarán a cabo la negociación, sirve como un “termómetro” para medir grado de respeto de la autonomía colectiva en determinado contexto jurídico, pues mientras en determinados ordenamientos se impondrán por vía legislativa las unidades en las que se debe llevar a cabo a negociación, en otros casos, se dejará este aspecto en la esfera de autodeterminación de las partes⁽⁴⁾.

En la práctica no son pocos los ordenamientos jurídicos que han establecido en su legislación criterios para la determinación de “adecuadas unidades de negociación”.

En este último caso estamos ante sistemas de relaciones laborales en los que directa o indirectamente el Estado ha establecido el catalogo de unidades en el que las partes pueden llevar a cabo la negociación colectiva.

Sobre este punto, Rodríguez Piñero señala que un sistema de establecimiento legal de unidades de negociación comporta una limitación a la autonomía colectiva, pero sin que ello signifique una permisón de la injerencia directa del Estado-persona en el curso de la negociación colectiva⁽⁵⁾.

Digamos que estamos ante una suerte de limitación indirecta de la autonomía colectiva por parte del Estado, pues si bien no se impone determinado nivel o unidad de negociación a las partes, si se limita su facultad de elección, pues solo reconoce como válidas las unidades de negociación que se encuentran previstas legalmente.

Ahora, se podría considerar que ello no resulta inválido, pues se esta concediendo a las partes la facultad de elegir dentro de ese abanico de posibilidades, sin embargo, es evidente que si en los hechos la norma legal impone a las partes o, a una de ellas, el llevar a cabo la negociación en determinado nivel, sin que tengan posibilidad de modificar esta situación, si podríamos estar hablando de una afectación al derecho de negociación colectiva.

en la que la representación laboral no cuenta con una debida fuerza de presión y, por ende, no tiene la facultad de imponer sus condiciones.

Estamos ante la dialéctica misma del derecho del trabajo, que si bien en el aspecto colectivo ve equiparada de cierta manera las fuerzas de los sujetos laborales, no puede dejar de lado la subsistencia del conflicto en un aspecto tan básico como la delimitación de la unidad en la que se llevará a cabo la negociación.

(4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, Ob. cit., p. 18.

(5) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, Ob. cit., p. 329.

A continuación, analizaremos de manera general los principios y parámetros que establece la OIT respecto al tema de la determinación del nivel de negociación colectiva.

2. El principio de libre determinación del nivel de negociación colectiva

La OIT considera que los principios rectores de la negociación colectiva son la negociación libre y voluntaria, la libertad para decidir el nivel de negociación y el principio de buena fe⁽⁶⁾. Sin restar importancia al primer y tercer principio que hemos mencionado, a efectos de desarrollar este trabajo, nos centraremos en el principio de la libre determinación del nivel de negociación, que es el que guarda relación con la configuración de las unidades de negociación en determinado contexto legal.

Sobre este punto, conviene precisar que la Recomendación Num. 163 dispone en su párrafo cuatro, subpárrafo 1, que *“en caso sea necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel de establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”*.

Bajo este contexto, la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical han considerado que la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y no debería ser impuesto en virtud de la legislación o de una decisión de la autoridad administrativa, toda vez que son estas quienes se encuentran en inmejorable situación para decidir cuál es el nivel adecuado para llevar a cabo el procedimiento de negociación⁽⁷⁾.

De esta manera, tenemos que en base al principio de negociación libre y voluntaria, las partes tienen la libertad de decidir el nivel en que requieren negociar, no siendo posible que esta determinación se realice de forma heterónoma, esto es, en base a una decisión estatal, que se manifieste mediante una ley o un acto administrativo.

Ahora, el Comité de Libertad Sindical ha llegado a señalar que en razón a este principio, el empleador puede negarse a negociar en un determinado nivel, tal como se puede observar a continuación:

“La determinación del nivel de negociación colectiva debería depender de la voluntad de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación de la libertad sindical”.⁽⁸⁾

(6) GERNIGON, BERNARD, Alberto Otero y HORACIO Guido. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 119, N° 1, Ginebra, 2000, pp. 44-47.

(7) *Ibid.*, p. 45-46.

(8) Oficina Internacional del Trabajo, “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, Ginebra, 2000, p. 210.

De esta manera, se considera, a priori, que la negativa del empleador de negociar en determinado nivel no afecta el derecho de negociación colectiva; sin embargo, existirán supuestos en los que, por excepción, se podría limitar el ejercicio de este derecho a esta parte negocial, tal como analizaremos en uno de los siguientes acápite.

II. LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL

De acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la LRCT, en el ordenamiento legal peruano las negociaciones colectivas pueden llevarse a cabo en los siguientes niveles o unidades de negociación:

- a) De empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.
- b) De rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella.
- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

En el Perú, la unidad típica o predominante de negociación es la de empresa o centro de trabajo e, incluso, este nivel puede dividirse en dos sectores: de obreros y empleados.

El problema de este tipo de estructura negocial es que la extensión personal de los convenios colectivos es generalmente muy reducida, en vista que los trabajadores de las pequeñas unidades de trabajo, por lo general, quedan al margen de la negociación colectiva, lo cuales relevante en la medida que la mayor cantidad de trabajadores está empleado en pequeñas empresas⁽⁹⁾.

Ahora bien, la orientación de nuestro ordenamiento a una unidad de negociación de empresa tuvo su más fuerte catalizador en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo emitida en el año 1992, pues esta norma prácticamente recondujo la negociación colectiva a este nivel, desplazando por completo a la negociación por rama de actividad, que era la que prevalecía hasta ese momento.

En efecto, lo establecido en el artículo 45 de la LRCT, junto con la Tercera Disposición Transitoria Final de la Ley, que a la fecha se encuentra derogada, implicó un marco legal mediante el cual se dio preferencia a la negociación colectiva a nivel de empresa, dejando de lado por completo la negociación en un nivel superior, conforme analizaremos a continuación:

(9) CIUDAD REYNAUD, Adolfo, "Estructura de la negociación colectiva, democracia y modelo de relaciones laborales". En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993, p. 87.

1. La determinación del nivel de negociación colectiva de acuerdo a la LRCT

En los dos primeros párrafos del artículo 45 de la LRCT, se establecen las reglas respecto a los niveles de negociación colectiva que deben aplicarse en caso no exista una convención previa, o en caso se desee variar el nivel de negociación, tal como se puede apreciar a continuación:

Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.

De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.

Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.

Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

Conforme se aprecia, el primer párrafo del artículo 45 nos indica que si no existe una convención colectiva en cualquiera de los tres niveles antes analizados (empresa, rama de actividad o gremio), y si no existe un acuerdo de partes respecto a este tema, el nivel de negociación será de empresa.

Este párrafo denota la opción del legislador de establecer el nivel de empresa cuando no medie un acuerdo de partes respecto a este tema cual, de acuerdo a lo analizado en el acápite anterior, no guardaría concordancia con el principio de libre determinación del nivel de negociación colectiva.

En efecto, conforme analizamos, el Estado no debería imponer determinado nivel de negociación colectiva a las partes negociales, pues corresponde únicamente a estas definir los márgenes de representación sindical y de actuación de determinado convenio colectivo.

Si bien el legislador puede señalar una serie de opciones entre las cuales las partes pueden elegir para llevar a cabo una negociación colectiva, ninguna de estas puede llegar a ser impuesta por vía normativa o administrativa, ya que ello afectaría el principio de libre determinación del nivel de negociación y, por ende, denotaría que estamos ante una disposición contraria a las normas de la OIT y al derecho de negociación colectiva contenido en la Constitución.

Ahora, el segundo párrafo del artículo 45 establece que si existe una convención anterior en alguno de los niveles señalados, para cambiar de nivel se requiere del acuerdo de partes, no siendo posible que esta decisión se establezca por acto administrativo o laudo arbitral.

Si bien esta disposición respetaría el derecho de las partes de decidir el nivel de negociación, cabe hacer notar que en el momento en el que se emitió la LRCT existía una clara contradicción entre el contenido de este párrafo y lo establecido en la Tercera Disposición Transitoria de LRCT, con lo cual, en los hechos se logró reconducir las negociaciones colectivas por rama de actividad al nivel de empresa⁽¹⁰⁾.

Ahora, si bien mediante la Ley N° 27912, emitida en año 2003, esta disposición quedó derogada, es evidente que mientras estuvo vigente coadyuvó en la desarticulación de la negociación colectiva por rama de actividad en el Perú, más aun, si tomamos en cuenta que no se realizó una modificación de lo establecido en el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, respecto al establecimiento de una negociación a nivel de empresa a falta de acuerdo entre las partes.

III. LA POSTURA ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS CONFLICTOS RELACIONADOS A LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La posición del Tribunal Constitucional respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva, se ha ido delimitando a través de las sentencias recaídas sobre el caso CAPECO y el de los Trabajadores Portuarios, en las que luego

(10) En efecto, la Tercera Disposición Transitoria y Final de la LRCT, estableció que los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, que se encontraban en trámite cuando entró en vigencia la norma (julio de 1992), debían ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrada en vigencia de la LRCT. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevaría a cabo a nivel de empresa.

Obsérvese, el contenido del segundo párrafo del artículo 45 nos informa sobre un acuerdo de partes **necesario** para cambiar un nivel de negociación, sin embargo, la Tercera Disposición da a entender que la no ratificación de una de las partes respecto al nivel de negociación que venía llevando a cabo hasta ese momento, sería valedera para cambiar el nivel de negociación a un nivel de empresa.

De esta manera, pese a que hubiera existido una convención colectiva en un nivel de rama de actividad con anterioridad, de acuerdo a lo establecido en la Tercera Disposición Transitoria, bastaba que una de las partes no estuviera de acuerdo con seguir en este nivel, para que este tuviera que rebajarse al nivel de empresa.

En este contexto, es evidente que la decisión unilateral de una de las partes podía cambiar el nivel de negociación, supuesto que resulta totalmente contrario a lo establecido en el artículo 45, que expresamente establecía, que **solo mediante acuerdo de partes** se podía cambiar de nivel, llegando incluso a señalar que esta decisión no podía establecerse por laudo arbitral o decisión administrativa, restricción que demuestra la total negativa del legislador a la intervención de un tercero y, más aun, a la decisión unilateral de alguna de las partes respecto a esta situación.

Por lo expuesto, es evidente que la regulación referida a la determinación del nivel de negociación dentro de la LRCT prácticamente reconducía a las partes a una negociación a nivel de empresa, dejando de lado las negociaciones a nivel de rama de actividad que, hasta ese momento, era la unidad de negociación predominante en el Perú.

de realizar un análisis del derecho de negociación colectiva de acuerdo a la Constitución y las normas de la OIT, impone, en el primer caso, que el nivel en el que se debe llevar a cabo la negociación colectiva es el de rama de actividad y, en el segundo, que la determinación del nivel de negociación deberá llevarse a cabo a través del arbitraje que, para cualquier efecto, es de carácter potestativo. A continuación, analizaremos los aspectos más resaltantes de estas sentencias:

1. La postura asumida por el Tribunal Constitucional respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva en el caso CAPECO

La discusión en este caso radicaba en establecer si es que la Federación de Trabajadores de Construcción Civil podía negociar con CAPECO a nivel de rama de actividad, tomando en cuenta que la Resolución Ministerial N° 051-96-TR estableció que en caso no exista acuerdo de las partes respecto al nivel de negociación, la misma debía llevarse a cabo a nivel de empresa, debiéndose entender en este caso, el nivel de empresa como el de obra.

Mientras la Federación alegaba la existencia de precedentes de negociación a nivel de rama de actividad con CAPECO, situación que lo habilitaría a continuar en este nivel en próximas negociaciones colectivas; CAPECO indicaba que desde la emisión de la LRCT en julio de 1992, había manifestado su voluntad de no negociar en este nivel, y que si bien con posterioridad a este hecho se habían emitido resoluciones del MINTRA en las que se arribaba a acuerdos de negociación con la Federación a nivel de rama de actividad, estos eran actos administrativos que habían sido impuestos por esta entidad teniendo como base la Resolución Ministerial N° 053-93-TR.

Al momento de resolver este caso, el TC realizó un análisis de la naturaleza de los servicios prestados en construcción civil, estableciendo que, a diferencia de lo que sucede en un régimen laboral común, la actividad desarrollada por los trabajadores de este régimen especial se caracteriza por dos aspectos:

La Eventualidad: Se explica por el carácter temporal de la relación laboral en construcción civil. Relación que no es permanente pues dura mientras se ejecuta la labor para la cual se ha contratado al trabajador o mientras dure la ejecución de la obra.

Ubicación Relativa: No existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción, ellas se desenvuelven en diversos sitios, sin fijeza absoluta.

En los hechos, ambos aspectos demostrarían la imposibilidad de entablar una negociación a nivel de empresa pues un trabajador de construcción civil, en razón a la naturaleza eventual de sus servicios, puede llegar a realizar actividades de manera sucesiva para distintos empleadores en un corto periodo de tiempo, lo cual “torna en gaseosa” la noción de empresa y convierte en inmanejable la posibilidad de negociar colectivamente.

De esta manera, tomando en cuenta la distinta la naturaleza de la relación laboral que se presenta en el régimen común y en el régimen de construcción civil, debido a la permanencia o eventualidad de los servicios que se prestan, el TC consideró que se debían establecer determinadas reglas especiales para que los trabajadores de este último régimen puedan ejercer sus derechos colectivos válidamente, lo cual guardaría concordancia con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución y el Convenio 98 de la OIT.

Este análisis, a nuestro modo de ver, parte de reconocer que si bien la Ley debe tener efectos iguales y generales para todos, existen situaciones que por tener una naturaleza distinta a lo general y común requieren de una consideración especial, pues en caso la Ley se aplicara de manera rígida a su situación concreta se podrían afectar derechos constitucionales.

Esto es lo que sucedió propiamente en el caso de construcción civil, pues estábamos ante una situación particular, en la cual la aplicación rígida de lo establecido en el artículo 45, podría conllevar a la afectación del derecho a la negociación colectiva de este tipo de trabajadores. Ahora, pese a que podríamos afirmar que en el régimen de trabajadores portuarios nos encontrábamos ante situación similar, pues las actividades desarrolladas por estas personas eran discontinuas (solo estaban ocupados cuando había una relación específica y por un tiempo determinado) y se laboraba sucesivamente para distintos empleadores dentro del mismo sector⁽¹¹⁾, el TC se centró en aspectos distintos a los analizados en el caso CAPECO a efectos de resolver la demanda de amparo planteada y establecer que la determinación del nivel de negociación colectiva debía realizarse a través del arbitraje.

2. La postura asumida por el Tribunal Constitucional en el caso de los trabajadores portuarios- El arbitraje como medio para solucionar este conflicto en la determinación del nivel de negociación

Conforme hemos analizado, el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que si no existe previamente una convención colectiva en algún nivel, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa.

En la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAM-PORC) contra la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), el TC señala que el hecho de que una legislación fije imperativamente el nivel de negociación colectiva (establecimiento, empresa, rama de actividad, industria, regional o nacional), plantea problemas de

(11) NEVES MUJICA, Javier, "El nivel de Negociación colectiva en la actividad portuaria". En: *Asesoría Laboral*, Lima, abril 2007, p. 16.

incompatibilidad con el Convenio 98 y el artículo 28 de la Constitución, que regula el derecho a la negociación colectiva, motivo por el cual, declara la inconstitucionalidad de esta disposición.

La negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado, en principio, no constituiría una violación del derecho de negociación colectiva, pues este se fundamenta en la autonomía de las partes, sin embargo, el TC considera que, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva sea determinado por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente de las partes, en función a la naturaleza promotora de la negociación colectiva que tiene el Estado y de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

Esta excepción sería aplicable cuando se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o que está realizando prácticas desleales.

Es en este último argumento en que se basa el TC para establecer que en este caso el nivel de negociación colectiva debe ser determinado mediante el arbitraje si las partes no llegan a un acuerdo, toda vez que considera que la parte empleadora ha abusado de sus libertades para negociar y para decidir el nivel de negociación al *“haber hecho todo lo posible para que la negociación colectiva no se realice”*⁽¹²⁾.

Bajo este contexto, en la parte resolutive de la sentencia establece, entre otros aspectos, que la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto del D.S. N° 010-2003-TR resulta inaplicable a las partes y que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación colectiva, *“éste deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”*.

Con fecha 01 de marzo del 2010 se emitió una sentencia aclaratoria, en la que se precisó este último aspecto, pues se indicó que el arbitraje al que se había referido en la primera sentencia es el que ha sido establecido y regulado por el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, toda vez que el caso se originó en un procedimiento de negociación colectiva.

Ahora, con **fecha 10 de junio del 2010, se emitió una segunda sentencia aclaratoria respecto a este caso**, en el que el Tribunal Constitucional ha precisado que la decisión de que el conflicto respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva se resolviera a través del arbitraje, provenía de una interpretación sistemática de lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Bajo este contexto, **realiza un análisis de lo establecido en esta norma respecto al arbitraje y llega a determinar que de una lectura conjunta de**

(12) Según el TC, la mala fe de la parte empleadora había quedado acreditada con el hecho de haber inasistido injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por la División para negociar el pliego de reclamos presentado por el Sindicato demandante.

diversos artículos de la LRCT, el mismo resulta ser de carácter potestativo y no voluntario.

Respecto a este punto, conviene precisar que el arbitraje potestativo o unilateralmente preceptivo, es aquel por el cual ambas partes pueden adoptar conjuntamente la decisión de acudir al arbitraje, pero también esta facultada una de las partes, por su sola decisión y en las condiciones establecidas en la norma, de someter el conflicto a arbitraje, arrastrando a su contraparte a dicha solución⁽¹³⁾.

El TC considera que en nuestro ordenamiento jurídico estamos ante un arbitraje potestativo, toda vez que el artículo 62 de la LRCT señala que ante la ausencia de acuerdo entre las partes los trabajadores pueden, alternativamente al arbitraje, declarar la huelga.

Sobre este punto se indica que si bien el Estado reconoce el derecho de huelga, ello en ninguna medida implica el deber de promoverla. En el caso de la negociación colectiva, por el contrario, la Constitución no solo reconoce su ejercicio sino que, además, asume la obligación de “promover formas de solución pacífica de conflictos laborales”.

De esta manera, si la huelga no debe ser promovida y fomentada y las formas de solución pacífica de conflictos laborales si deben ser fomentadas por parte del Estado, a criterio del TC, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR es potestativo y no voluntario, esto es, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta forma de solución del conflicto.

Bajo estas consideraciones, el TC concluye que de una lectura conjunta de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, se puede inferir válidamente que en nuestro ordenamiento el arbitraje es de carácter potestativo⁽¹⁴⁾.

Esta aseveración implica que para cualquier caso, ya sea que estemos ante un conflicto para la determinación del nivel negocial o para solucionar de manera definitiva la negociación, la parte trabajadora podría solicitar que la

(13) CORTES CARCELEN, Juan Carlos, “El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993, p. 90.

(14) Se considera que siguiendo esta línea de interpretación, ahora sí tendría sentido la especificación realizada por el artículo 63 de la LRCT, en la cual se establece que “*durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador*”; pues esta precisión solo tendría lógica si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación. Asimismo, se considera que el artículo 46 del Reglamento de la LRCT también abona a esta interpretación, pues la misma establece que al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten alternativamente por ejercer el derecho de huelga, de conformidad a lo establecido en el artículo 62 de la Ley.

diferencia sea resuelta a través del arbitraje, decisión que vinculará necesariamente a la parte empleadora.

IV. LA NECESIDAD DE ESTABLECER REGLAS ESPECIALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS RÉGIMENES PORTUARIO Y DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

En los regímenes de construcción civil y de trabajo portuario, era clara la necesidad de establecer determinados parámetros mediante los que se estableciera que la negociación colectiva debía llevarse a cabo a nivel de rama o sector, tomando en cuenta que en los hechos, la negociación colectiva a nivel de empresa (en el caso de construcción civil de obra) hacia inviable el ejercicio de este derecho constitucional por parte de los trabajadores de estos sectores.

De esta manera, se debía analizar la naturaleza de los servicios prestados (eventualidad y ubicación relativa en el caso del régimen de construcción civil, y labores discontinuas realizadas de manera sucesiva para una pluralidad de empleadores, en el caso de los trabajadores portuarios), a efectos de establecer que la negociación colectiva no podía llevarse a cabo a nivel de empresa, pues ello implicaría vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva de estos trabajadores, el cual se encontraba contenido en la Constitución y en el Convenio N° 98 de la OIT.

Solo en el proceso del régimen de construcción civil se realizó este análisis, ya que en el caso de los trabajadores portuarios, el TC se centró en determinar la existencia de un actuar de mala fe por parte de los representantes de los empleadores, a fin de establecer que en este tipo de supuestos se debía establecer el arbitraje como una medida para solucionar el conflicto en la determinación del nivel de negociación colectiva y que el mismo resultaba de carácter potestativo.

Estimamos que esta variación tiene como sustento el pronunciamiento vertido por el Comité de Libertad Sindical respecto al caso CAPECO (Caso núm. 237-Perú), en el que se estableció que la imposición del nivel de rama implicaba una alteración del principio de autonomía de las partes y el principio de la negociación libre y voluntaria (indisociables del derecho de negociación colectiva consagrado en el Convenio 98 de la OIT), por lo que se recomendó al Estado Peruano que invite a las partes a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en el que debe realizarse la negociación colectiva (por ejemplo, un órgano compuesto por personalidades independientes que cuenten con la confianza de las partes) y, asimismo, que tome las medidas pertinentes para modificar el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas.

Ahora, es evidente que el establecer el arbitraje potestativo como el medio a través del cual se resuelvan conflictos derivados de la determinación del nivel de negociación, en realidad, puede ayudar a solucionar una diversidad de conflictos,

en especial, en aquellos casos en los que la negativa del empleador de establecer determinado nivel de negociación había llegado a vaciar prácticamente el derecho de negociación colectiva de determinadas organizaciones sindicales, como sería el caso de los trabajadores portuarios o los trabajadores que se encuentran bajo el régimen de construcción civil.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional pueda atribuirse facultades de legislador para determinar un arbitraje potestativo como medio de solución de conflictos derivados de la determinación del nivel de negociación, pues si bien puede ejercer el control difuso para inaplicar o declarar inconstitucional una norma, no puede modificar las normas vigentes o crear otras distintas, por más que la finalidad resulte loable, ya que ello implica exceder las facultades que le han sido concedidas por vía constitucional.

Ahora, en los hechos tendremos que cuando existan conflictos respecto al nivel de negociación, la parte trabajadora podrá decidir que este problema se resuelva a través del arbitraje, hecho que necesariamente vinculará a la parte empleadora, pues estamos ante un arbitraje potestativo o preceptivo.

Conforme se observa, estamos ante un arbitraje que resulta obligatorio para una de las partes, lo cual debe ser analizado cuidadosamente, pues si bien su uso es argumentable en determinados casos -en los que exista mala fe o un actuar irregular de la parte empleadora, o cuando existan indicios de que se pueda estar vaciando el contenido el derecho de negociación colectiva de determinado tipo de trabajadores- esta afirmación pareciera no ser justificable en aquellos casos en los que la negociación colectiva se lleve a cabo sin este tipo de inconvenientes.

Al respecto, debemos hacer notar que la Comisión de Expertos se ha pronunciado respecto a este tema haciendo notar que “en lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio N° 98 y, por consiguiente a la autonomía de las partes en la negociación. No obstante, puede admitirse por excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, este tipo de disposiciones convencionales puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva”⁽¹⁵⁾.

(15) Pronunciamiento vertido por el Comité de Expertos en el Estudio general “Libertad sindical y negociación colectiva” de 1994, el mismo que es analizado por Gernigon, Bernard, Alberto Otero y Horacio Guido en “Normas de la OIT y principios de los órganos de control”, OIT, Ginebra, 2000, p. 40.

El caso de la determinación del nivel de negociación colectiva bien podría encuadrarse dentro de este supuesto, pues en determinados casos este resulta ser uno de los pasos más difíciles para que el procedimiento de negociación colectiva siga su trámite. Ello no debe implicar, sin embargo, que se haga uso de esta facultad sin que haya existido un previo esfuerzo real de las partes de solucionar el conflicto sobre este tema de manera directa.

Basamos esta afirmación en el hecho de que el mismo TC ha señalado que el arbitraje potestativo que se aplicaría en estos casos, es el que se encuentra regulado en el artículo 61 de la LRCT, el cual, conforme se colige de la norma, solo es admisible cuando las partes han agotado de manera previa la etapa de trato directo.

Obviamente, en el caso de la determinación del nivel de negociación colectiva no se puede hablar del agotamiento de una etapa de este tipo en el sentido estricto del término, pues ello implicaría hacer demasiado engorroso este procedimiento; sin embargo, es claro que antes de hacer uso del arbitraje potestativo se deberá observar que ambas partes hayan tratado realmente de solucionar este conflicto de manera directa.

Bajo este contexto, es claro que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional respecto al régimen de trabajadores de construcción civil y de trabajadores portuarios, si bien trataron en un principio de solucionar los conflictos generados dentro de estos sectores respecto a la determinación de nivel de negociación colectiva, al final han generado criterios generales sobre este tema que deberán ser tomados en cuenta por todos los operadores jurídicos.

Ahora, el que este tipo de criterios se hayan tenido que fijar precisamente en estos casos, tal vez se deba a que en los mismos resultaba más apreciable la afectación que se puede producir cuando el Estado establece unilateralmente determinado nivel de negociación.

Ello se debe a que estamos ante regímenes en los que la prestación de servicios por parte de los trabajadores se lleva a cabo de manera especial, al extremo de haber ameritado la existencia de toda una regulación particular que defina los derechos y obligaciones que le corresponden tanto a empleadores como a trabajadores en el plano individual. Bajo este contexto, era evidente que la normativa sobre la determinación del nivel de negociación colectiva no podía ser aplicada sin tomar en cuenta estas circunstancias, toda vez que en este tipo de casos, precisamente por la naturaleza especial de los servicios prestados (actividad temporal o discontinua y, principalmente, una sucesiva pluralidad de empleadores), se hacía más latente que la imposición de determinado nivel podía llegar a vaciar, en los hechos, el contenido del derecho de negociación colectiva de los trabajadores.

CONCLUSIONES

- El Estado no puede imponer determinado nivel de negociación colectiva a las partes negociales, pues corresponde únicamente a estas definir los márgenes de representación sindical y de actuación de determinado convenio colectivo.
- En el caso CAPECO, el Tribunal Constitucional estableció que debido a la naturaleza de los servicios prestados por los trabajadores de construcción civil (eventualidad y ubicación relativa), así como el deber asumido en la Constitución de promover la negociación colectiva, correspondía establecer que en este caso la negociación se llevará a cabo a nivel de rama de actividad.
- En el caso de los trabajadores portuarios, el TC estableció la inconstitucionalidad de la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, al considerar que esta disposición afecta el principio de negociación libre y voluntaria. Bajo este contexto, tomando en cuenta el vacío normativo dejado con esta declaración, resuelve que a falta de acuerdo la determinación del nivel de negociación deberá establecerse mediante el arbitraje.
- En la última sentencia aclaratoria emitida respecto a este caso, indica que el arbitraje que debe usarse para definir el nivel de negociación colectiva es el que se encuentra contenido en la LRCT, el cual es de carácter potestativo.
- El que el TC haya establecido estos criterios en el caso de estos regímenes especiales de contratación, se debe a que la naturaleza especial de los servicios prestados por los trabajadores en estos sectores (eventualidad y ubicación relativa en el caso del régimen de construcción civil, y labores discontinuas realizadas de manera sucesiva para una pluralidad de empleadores, en el caso de los trabajadores portuarios), hace más apreciable que la imposición de determinado nivel de negociación colectiva puede vaciar el contenido de este derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Mercado, Jorge Luis. “Comentarios a la sentencia de Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector portuario”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Arce Ortiz, Elmer. Entrevista “No podemos restringir la negociación a un solo nivel porque es totalmente anacrónico y autoritario”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Ballester Pastor, María. *El arbitraje Laboral*. Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1993.

- Boza Pró, Guillermo y Canessa Montejo, Miguel, “Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”, Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Oficina Internacional del Trabajo, Perú, 2000.
- Cabeza Pereiro, Jaime. *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.
- Canova Talledo, Karla. “Negociación colectiva por rama ¿libertad o imposición?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Cantuarias Salaverry, Fernando y Diego Aramburu Yzaga. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y perspectivas futuras*. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima Perú, 1994.
- Carrillo Calle, Martín Alberto. *Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú (1992-1993)*, ADEC-ATC, Lima, 1994.
- Ciudad Reynaud, Adolfo. “Estructura de la negociación colectiva, democracia y modelo de relaciones laborales”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993.
- Circulo de Estudios de Derecho Laboral de la Asociación Derecho y Sociedad. “Caracterización del tratamiento de las instituciones de huelga y arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 3, N° 6, Lima, 1992.
- Cortes Carcelen, Juan Carlos. “El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993.
- De la Cueva, De Ferrari, Russomano, Alonso Olea, Ruprecht, Allocati y Otros. *Derecho Colectivo Laboral*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973.
- De los Heros Pérez Albela, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores. Lima, 2009.
- Estudio Mario Castillo Freyre. *El arbitraje en las distintas ramas del Derecho*. Editorial Palestra, Lima, 2007.
- Gernigon, Bernard, Alberto Otero y Horacio Guido. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 119, N° 1, Ginebra, 2000
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. “El Control Difuso en la jurisdicción arbitral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, año 11, N° 91, Lima, abril 2006.
- Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994.

- Lengua Apolaya, César y Pasco Lizarraga, Mario. “El arbitraje obligatorio para la determinación del nivel de negociación colectiva por rama de actividad”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Limas Vásquez, Rocío. “El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores. Lima, 2009.
- Lohmann Luca de Tena, Juan. *El arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.
- Lovaton Palacios, David. “El desencuentro entre el proceso negocial y el procedimiento arbitral en la LRCT”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto 1994.
- Matheus, Carlos. *El convenio arbitral*. Semper Veritas Ediciones, Lima, 2006.
- Mayor Sánchez, Luis. “La negociación colectiva por rama de actividad en puertos”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Mejía Madrid, Renato. “La negociación colectiva en el trabajo portuario”. En: *Soluciones Laborales*, Octubre 2009, p. 33.
- Molina Caballero, M. Jesús. *La congruencia de los laudos arbitrales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga. 2002.
- Morales Corrales, Pedro. “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 19, N° 30, Lima, 2007.
- Neves Mujica, Javier. “El nivel de la negociación en la actividad portuaria”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, Abril 2007.
- Neves Mujiza, Javier. “Negociación colectiva: contenidos, procedimientos y productos”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, Diciembre 1994.
- Oficina Internacional del Trabajo, Conciliación y Arbitraje en los Conflictos Colectivos de Trabajo, Ginebra, 1981.
- Oficina Internacional del Trabajo. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2000.
- Ojeda Áviles, Antonio. *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Pasco Cosmopolis, Mario. “Solución de conflictos colectivos de trabajo: La Conciliación y el Arbitraje”. En: *Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 37, Lima, 1983.
- Vegas Ruiz, María Luz. “Los medios de solución o composición de conflictos colectivos en España”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 8, N° 12, Lima, 1997.

- Villavicencio Ríos, Alfredo. “La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, abril 1996.
- Villavicencio Ríos, Alfredo. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo”. En: *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.
- Vílchez Garcés, Lidia. “¿Modificar la Ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Vinatea Recoba, Luis. “El arbitraje en la Ley de Relaciones de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto 1992.
- Zegarra Garnica, Federico. “El Arbitraje Laboral en el Perú”, Asesores y Consultores, Lima, 1993.

ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS RELACIONES LABORALES PREDOMINANTES EN LAS MICROEMPRESAS FAMILIARES PARA ORIENTAR EL DEBATE EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA LEY DE MYPE.

Paul Cavalié Cabrera^()*

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende constituir un modesto aporte al extendido y, ciertamente, muy necesario debate en torno a la eventual inconstitucionalidad del Régimen Laboral Especial (RLE) de las Micro y Pequeñas Empresas (MYPE)⁽¹⁾, compartiendo para tal efecto algunas reflexiones en medio de una polémica bastante polarizada entre quienes creen advertirle bondades y quienes critican su propia configuración como un régimen especial. Gruesamente identificadas, estas voces corren en las siguientes direcciones:

- (i) De un lado, quienes consideran que la configuración de un RLE solo puede obedecer a diferencias sustentadas en la naturaleza misma de la prestación de los servicios del trabajador, como en el caso del trabajo en construcción civil

(*) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jefe del área laboral de PIZARRO, BOTTO & ESCOBAR, Abogados.

(1) Régimen especial establecido, con sus primeros alcances, bajo la Ley N° 28015, “Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa”; y posteriormente, significativamente modificada por el Decreto Legislativo N° 1086, “Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la MYPE y del Acceso al Empleo Decente”. Nótese cómo su nueva denominación vincula la formalización de estas unidades económicas con

y el trabajo portuario. Por lo tanto, en esas actividades, el carácter efímero de la prestación laboral sí justifica plenamente la instauración de sendos regímenes especiales. Por el contrario, no admiten que la sola dimensión o tamaño de la empresa constituyan una razón determinante para la implantación de un RLE. Peor aun si con ello se puede propiciar, además, que al interior de un misma empresa coexistan trabajadores con un doble estándar laboral: algunos de “primera categoría” (con todos los derechos que brinda el régimen laboral general), y otros, de “segunda categoría” (integrada por quienes adscribirían al RLE), conviviendo en un régimen de franca desigualdad, desde todo punto de vista inadmisibles dentro de un Estado Social de Derecho⁽²⁾.

- (ii) Y, de otra parte, quienes consideran impostergable el proceso de formalización laboral en nuestro país, corriente dentro de la cual podemos distinguir, a su vez, dos tendencias, a saber: (a) la de quienes abogan por disminuir sensiblemente lo que denominan como “sobrecostos laborales” de los trabajadores de las MYPE, pues una intervención demasiado regulatoria del Estado podría representar para ellas un menor incentivo de cara a su formalización, debiendo dejar, por el contrario, que estas relaciones laborales se sometan en la mayor medida posible a la libre oferta y demanda del mercado laboral⁽³⁾; y (b) la de quienes consideran que el proceso de formalización, vía modificación de los beneficios laborales, debe realizarse con criterios de gradualidad y realismo. Corriente esta última que, tal parece, es la que se ha visto expresada en el actual RLE de las MYPE consignado en la Ley.

En este orden de ideas deseamos exponer algunos criterios que juzgamos pertinentes de estimar cuando se explore sobre la constitucionalidad del RLE de la MYPE.

- 1) En primer lugar, creemos que existen marcadas diferencias entre las relaciones laborales que acontecen al interior de las *pequeñas empresas* respecto de aquellas relaciones laborales que surgen al interior de las *microempresas*.
- 2) Pero, adicionalmente –y en esto hará énfasis nuestro trabajo– ocurre que se comprueba de manera cotidiana una evidente diferencia entre la productividad y las relaciones laborales existentes al interior del mayor segmento de microempresas que existen en nuestro país (a las que llamaremos, para una mejor identificación, “microempresas familiares”), generalmente constituidas bajo la figura de la “persona natural con negocio” con relación a otras microempresas, de un sector numéricamente más reducido (a las que llamaremos

(2) Esta posición la desarrolla ampliamente GAMERO REQUENA, Julio. “Análisis del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente” (Texto inédito)

(3) Para quien desee ahondar en este enfoque, revisar el artículo de JARAMILLO BAANANTE, Miguel: “La Regulación del Mercado Laboral en Perú”, abril de 2004. En: <[www.grade.org.pe/\(...\)/MJ-Regulacion%20del%20Mercado%20Laboral%20en%20Peru.pdf](http://www.grade.org.pe/(...)/MJ-Regulacion%20del%20Mercado%20Laboral%20en%20Peru.pdf)>..

“microempresas con trabajadores asalariados”). No obstante tales diferencias, toda esta gama de empresas (microempresas familiares, microempresas con asalariados y pequeñas empresas) son reguladas “en paquete” a través de una misma Ley, sin estimar que requieren un tratamiento legal diferenciado que responda satisfactoriamente a sus propias necesidades.

II. LAS MICROEMPRESAS EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA NACIONAL

A efectos de este trabajo consideramos pertinente identificar cuál es la contribución de las microempresas a la economía nacional y a la generación de empleo en nuestro país, ya sea este formal o informal. Para tal efecto, resulta apropiado remitirnos a una información proporcionada por Juan Chacaltana⁽⁴⁾, quien, tomando a su vez como referencia un estudio sobre las MYPE elaborado por Fernando Villarán (ex Ministro de Trabajo) en el año 2007:

- En primer lugar, se concluye de dicho estudio que -junto con los trabajadores independientes (calificados y no calificados) y los trabajadores del hogar- los trabajadores de las microempresas constituyen el sector menos productivo del país, dado que apenas producen un promedio *per cápita* de 3,150 dólares americanos anuales o, si se quiere, unos 260 dólares mensuales, *lo que explicaría, a su vez, sus bajos promedios salariales. No obstante ello, estos sectores ocupan el 77% del empleo a nivel nacional*; de ahí, a nuestro juicio, su importancia estratégica para la economía nacional.
- De otra parte, en lo que concierne a cifras concretas que nos interesan, tenemos que, del total de los 14.4 millones de trabajadores que conformaban la PEA en el año 2007, *un total de 2.4 millones –a los que podríamos identificar sin ningún problema como “personas naturales con negocio”– eran personas que laboraban independientemente con ayuda de trabajadores no remunerados (la mayoría de los cuales eran sus familiares)*; y, asimismo, 2.1 millones laboraban como asalariados en microempresas integradas por 1 a 9 trabajadores. *Es decir, casi el 30% de la PEA nacional se encontraba concentrado en el tipo de microempresas definidas y reguladas por Ley.*
- A pesar de los datos consignados, el ya citado estudio de Villarán no se detiene en estas cifras, sino que ahonda un poco más en lo relacionado con la masa laboral efectivamente ocupada en el sector de la microempresa, proporcionándonos un panorama más interesante aun. En efecto, *si a la cifra de trabajadores independientes (personas naturales con negocio) que laboraban*

(4) CHACALTANA JANAMPA, Juan: “Una evaluación del régimen laboral especial para la microempresa en Perú, al cuarto año de vigencia”, estudio preparado para la OIT. Lima, 2008. En: <http://www.cedepperu.org/img_upload/c55e8774db1993203b76a6afddc995dc/Ley_Mype_Per___final_final_revisada.pdf>.

con ayuda de familiares no remunerados se le agrega un total de 2.2 millones de trabajadores-familiares, se obtiene un total de 4.7 millones de personas ocupadas en este sector. Del mismo modo, si se le agrega a las microempresas de 1 a 9 trabajadores la cantidad de 800 mil patrones o conductores que laboran junto a sus trabajadores asalariados, la cifra se incrementa en este caso a casi 3 millones. Todo lo cual, en cifras globales, representa alrededor de 7.7 millones de personas laborando en microempresas, o sea, más del 50% de la PEA.

Hemos creído oportuno echar un breve vistazo a estas cifras para llamar la atención sobre la necesidad de apreciar segmentos diferenciados al interior de las propias microempresas, cuando se juzga la validez o invalidez constitucional del RLE de las MYPE. En tal sentido, y coincidiendo con Chacaltana⁽⁵⁾, resulta evidente que es en el ámbito de las microempresas conformadas por 1 a 9 trabajadores asalariados donde generalmente se concentran todos los debates económicos y laborales sobre esta institución empresarial, a pesar de que, a todas luces, no es este el sector mayoritario dentro de las empresas de menos de 10 trabajadores, sino las empresas de tipo familiar.

III. UNA DIFERENCIACIÓN NECESARIA: TIPOLOGÍA DE LAS MICROEMPRESAS.

Como anuncia el título de este subcapítulo, constituye una premisa fundamental para el desarrollo del presente trabajo contar con una diferenciación tipológica clara que nos permita identificar las diversas clases de microempresas que coexisten en nuestro país, a fin de determinar con mayor certeza si les corresponde o no a todas las mismas reglas de juego para operar en el mercado, tal y como lo propone la Ley MYPE actual.

En este sentido, cabe destacar que no son pocos los autores que han intentado delimitar con claridad las principales diferencias entre los diversos tipos de microempresas, con un alto nivel de coincidencias en esa tarea. Así, para Gino Kaiserberger⁽⁶⁾ se distinguen los siguientes tipos de microempresa, atendiendo al tipo de población involucrada, a sus activos y a su capacidad de generación de ingresos:

- a) ***Microempresas de subsistencia:*** *son las que tienen tan baja productividad que solo persiguen la generación de ingresos con propósitos de consumo inmediato.* Es el segmento más grande de la tipología productiva microempresarial, de quienes se estima que cuentan con ventas inferiores a 2 mil soles al mes, desempeñando actividades de comercio minorista o servicios personales como venta de comida y actividades productivas muy limitadas. Asimismo,

(5) *Ibid.*, p. 9.

(6) KAISERBERGER ABATE, Gino: "La realidad de la microempresa en el Perú". En: <<http://www.cesden.org.pe/modules/news/article.php?storyid=748>>.

es el segmento donde se concentran los mayores problemas de tipo social de la microempresa, en la medida en que *es también el ámbito donde los límites del hogar y la unidad económica se confunden más ampliamente*. No está de más señalar que, a los efectos del presente trabajo, este es el grupo que reviste mayor interés.

- b) ***Microempresas de acumulación simple:*** son aquellas que generan ingresos que cubren los costos de su actividad, aunque sin alcanzar excedentes suficientes que permitan la inversión en capital. Tienen ingresos que oscilan entre 2 mil y 8 mil soles mensuales. Es el segmento más fluido, pues generalmente representa una fase de tránsito hacia alguno de los otros dos segmentos de la microempresa.
- c) ***Microempresas de acumulación ampliada:*** son las que tienen una productividad suficientemente elevada como para permitir acumular excedente e invertirlo en el crecimiento de la empresa. En este tipo de empresas, la adecuada combinación de factores productivos y posicionamiento comercializador permite a la unidad empresarial crecer con márgenes amplios de excedente. Se estima que sus ingresos son superiores a 8 mil soles al mes. Este tipo de microempresa es el más pequeño del sector, cubriendo apenas el 4% del total y, a nuestro juicio, comparte más características en común con las pequeñas empresas que los otros tipos de microempresas.

Por su parte, y con un criterio similar, Arbulú⁽⁷⁾ esboza la siguiente clasificación apelando a los niveles de acumulación de capital, así:

- a) ***El primer nivel*** corresponde a las microempresas cuyo funcionamiento responde a una lógica de obtención de ingresos, en las que se ubican las empresas cuyo nivel de ingresos es menor que sus egresos y se descapitalizan permanentemente (*empresas de sobrevivencia*) y aquellas que logran equiparar ingresos con egresos (*empresas de subsistencia*). Sin duda que, para nuestros fines, este es el tipo que más se aproxima a las microempresas familiares a las que ya hemos hecho referencia.
- b) ***El segundo nivel*** corresponde a empresas cuyo funcionamiento responde a una lógica de obtención de ganancias, conocidas como *empresas de acumulación o desarrollo*. En otras palabras, son estas las que se acercan más al arquetipo capitalista de “empresa”.

Para Víctor Tokman⁽⁸⁾, La estructura microempresarial tampoco es homogénea, planteando clasificarlas en función de su incorporación a la modernización

(7) ARBULÚ, Jorge: “PYME: La socia mayoritaria del Perú”. Publicado en el diario *El Peruano*, 13 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.pad.edu/data/upload/publicaciones/La_PYME_en_el_Peru_Jorge_Arbulu.pdf>.

(8) TOKMAN, Víctor: “La legislación laboral y su impacto en la microempresa: análisis comparativo entre países y propuestas de acción”. En: Víctor (Director). De la informalidad a la modernidad, Oficina Inter-

productiva, en *empresas familiares, microempresas competitivas y microempresas integradas en consorcios*⁽⁹⁾.

Finalmente, otra tipología propuesta esta vez por Galván Santa Cruz⁽¹⁰⁾, también basada en la acumulación de capital, nos plantea las siguientes dos categorías para las MYPE:

- a) **MYPE de acumulación:** Las cuales tienen la capacidad de generar utilidades para mantener su capital original e invertir en el crecimiento de la empresa. Estas empresas muestran cierto nivel de maquinaria o activo fijo que les permite realizar trabajos más elaborados y diversificar el tipo de labor a la cual se dedican. Asimismo, muestran sustancialmente un mayor nivel de productividad que las empresas de subsistencia y se evidencia una mayor capacidad de generación de empleo remunerado. Este tipo de empresa arroja excedentes que se reinvierten en la expansión del negocio.
- b) **MYPE de subsistencia:** son aquellas unidades económicas sin capacidad de generar utilidades, en detrimento de su capital. Cuentan con escasa o ninguna maquinaria o activo fijo, y se dedican a actividades que no requieren de transformación sustancial de materiales o deben realizar dicha transformación con tecnología rudimentaria. Son poco dinámicas en la generación de empleo adicional remunerado y cuentan con un nivel de ventas por trabajador relativamente bajo. Al igual que en los casos anteriores, este tipo de empresas son las que más corresponden a las que hemos denominado “microempresa familiares”.

A modo de conclusión hasta aquí, podemos observar entonces que: (i) para los especialistas en la materia resulta evidente que el universo de las microempresas constituye un conjunto muy heterogéneo, el cual no puede ser enfocado ni regulado sobre la base de un mismo criterio, como veremos a continuación; y, (ii) que las microempresas familiares resultan de alguna manera mejor más asimilables en nuestro país, a las denominadas microempresas de subsistencia y de acumulación simple.

nacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2001, p. 42.

- (9) Las empresas familiares muestran el menor grado de desarrollo, y a decir de Tokman, “la mayoría de ellas son el resultado de estrategias de sobrevivencia para las familias que las conforman”. Por su lado, las microempresas competitivas “ocupan asalariados permanentes y en los periodos de mayor demanda contratan trabajadores eventuales”. Las microempresas que se integran en consorcios se articulan en empresas de gran tamaño y operan con altos niveles de productividad.
- (10) GALVÁN SANTA CRUZ, Edgar: “Plan Nacional de Promoción y Formalización para la Competitividad y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (2005-2009)”. Abril de 2007. En: <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/expo_inspecciones/plannacional.ppt#268,15,Diapositiva>.

IV. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LAS RELACIONES LABORALES PREDOMINANTES EN LAS MICROEMPRESAS FAMILIARES

Analizar las relaciones laborales que transcurren cotidianamente al interior de las microempresas familiares y las consecuencias que surgen a partir de ellas impone sin duda una mirada que trascienda el solo enfoque jurídico-laboral del tema. Este hecho social solo puede ser cabalmente comprendido apelando a otros campos como el de las ciencias sociales y económicas.

Así, acorde con sus especiales características, hay quienes ponen ya en cuestión el esquema clásico del derecho del trabajo, para el cual los dos sujetos básicos de la relación laboral son el empleador y el trabajador, independientemente de los vínculos familiares o afectivos que pudieran unirlos. Y es que, como bien se observa en un estudio sobre las relaciones laborales-familiares en las microempresas de Chile⁽¹¹⁾, *hoy es posible deducir que en ellas se vislumbra una tercera categoría de sujetos: los familiares que no tienen calidad ni de empresarios ni de trabajadores de la misma.*

De igual modo, tomando como ejemplo la realidad comparada, queda demostrado que relaciones de tipo laboral-familiar generan algunos fenómenos sociales que -en principio- no se verifican dentro de la relación laboral “normal” o “típica”, y que, por cierto, no estaría de más analizar cómo se dan entre nosotros. Ejemplos interesantes de ello ocurren con las microempresas de una parte de México, donde la proliferación de las relaciones laborales familiares (junto con otros tipos de relaciones originadas en la amistad, la vecindad, la comunidad, el “compadrazgo”, etc.), han generado que algunos autores planteen dos tipos de modelos de relaciones laborales al interior de las microempresas de ese país: las basadas en la *discrecionalidad patronal* y las basadas en el *compromiso social personal*⁽¹²⁾.

Ahora bien, en lo que a nuestra realidad refiere, es oportuno destacar el fuerte nexo que articula a las microempresas donde predominan las relaciones laborales familiares con el fenómeno de la informalidad. Así lo demuestra un interesante estudio realizado por GRADE sobre una muestra de empresas de confecciones en cinco ciudades de nuestro país, donde casi la mitad de ellas se encontraban inmersas en la más absoluta informalidad tanto a nivel de sus compromisos tributarios y contables como frente a sus obligaciones ante sus respectivos gobiernos locales⁽¹³⁾.

(11) VALENZUELA, María Elena y otros: “De la casa a la formalidad. Experiencias de la ley de microempresas familiares en Chile”, p. 164. Santiago de Chile, 2006. En: <http://www.oit Chile.cl/pub_deploy.php?cat=igu>.

(12) SARAVÍ, Gonzalo: “La microempresa ante el nuevo escenario productivo: ¿hacia dónde se dirigen las relaciones laborales? Análisis de un distrito industrial en México”, p 8. Guadalajara, 1997. En: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/saravi.pdf>>.

(13) VALDIVIA, Néstor: “El heterogéneo mundo de la pequeña y microempresa en el Perú”. Lima, abril de 2003. En: <http://www.grade.org.pe/asp/brw_med1.asp?id=8130>.

Pero, no obstante lo dicho, nos interesa simplemente en esta parte de nuestro trabajo remarcar esta especial característica que predomina en la mayor parte de las microempresas del país, esto es, *la del aporte de mano de obra no remunerada, mayormente familiar, que contribuye con la fuerza de trabajo, pero no es retribuida con algún tipo de remuneración monetaria*⁽¹⁴⁾; fenómeno este que apenas ha sido considerado en la Ley MYPE, sin recibir ningún tipo de tratamiento especial ni, mucho menos, ha sido tomado en cuenta a efectos de una clasificación más real de las microempresas peruanas.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 54 del TUO de la Ley MYPE⁽¹⁵⁾, concordante con la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. Leg. 728)⁽¹⁶⁾, *se presume que el trabajo prestado por los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y por los cónyuges del titular o propietario de una microempresa que no se hubiera constituido como persona jurídica, no generan relación laboral, salvo pacto en contrario*. De esta manera, el legislador asume dos posiciones bien marcadas frente al trabajo prestado por los familiares al interior de las microempresas no constituidas como personas jurídicas (o sea, las personas naturales con negocio, que conforman el mayor sector de las microempresas nacionales). O bien pueden ser considerados como los demás trabajadores de la microempresa (con lo cual pueden acceder a determinados beneficios), o simplemente pueden no ser considerados como tales (con lo cual no gozan de ningún beneficio), decisión que dependerá de lo que acuerden las partes involucradas.

Se observa así que no ha habido un examen detenido en torno a las implicancias de esta disposición por parte del legislador, ya que de su aplicación práctica podría suceder -si maximizamos los alcances de la figura- que: (i) o bien un universo de alrededor de 4.7 millones de trabajadores de nuestro país podrían no gozar de ninguna remuneración o beneficio laboral, a pesar de que quizás su dedicación a la microempresa familiar sea la única actividad que realicen por muchos años de su vida (conviviendo, a su vez, con trabajadores “asalariados” que si gozarían de ciertos derechos); o, (ii) que muchas empresas familiares, preocupadas sinceramente en brindar un estándar laboral digno a sus trabajadores-familiares, no pudieran hacerlo porque a raíz de ello el negocio familiar podría correr el riesgo de desaparecer.

(14) ARBULÚ, Jorge. Ob. cit., p. 2.

(15) “**Artículo 54.**- Disposición complementaria al régimen laboral: Para el caso de las microempresas que no se hayan constituido en personas jurídicas en las que laboren parientes consanguíneos hasta el segundo grado o el cónyuge del titular o propietario persona natural, es aplicable lo previsto en la segunda disposición complementaria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. (...)”.

(16) “**Segunda.**- Interpretase por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge”.

Por este motivo, no creemos que la aplicación de posiciones radicales en torno al tema de las relaciones laborales-familiares sea suficiente para afrontar adecuadamente el enorme reto que representa para la sociedad y el Estado este fenómeno tan arraigado en la pequeña empresa de nuestro país. Por el contrario, todo indica que se requiere un tratamiento legislativo especial y diferenciado frente a este problema, que garantice tanto estándares laborales adecuados para esta clase de trabajadores como la tan deseable implantación y posicionamiento de la microempresa en el mercado. Quizás, a este propósito, podría contribuir una revisión del criterio impuesto por la legislación actual para la identificación de una microempresa (o sea, el del número de 1 a 10 trabajadores), complementándolo con otros factores como la dimensión de la empresa, la productividad y su capacidad de generación de utilidades.

V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MICROEMPRESAS FAMILIARES QUE INFLUYEN EN LAS RELACIONES LABORALES

Nos hemos estado refiriendo a las microempresas familiares en el Perú con la finalidad de sustentar a continuación las razones que, a nuestro juicio, justificarían considerar a las relaciones laborales que predominan en este tipo de empresas al momento de juzgar la constitucionalidad del RLE consignado en la Ley MYPE. En ese sentido, hagamos enseguida un breve recuento de las más importantes características de las microempresas familiares que influyen decididamente –si es que no explican– las relaciones laborales que tienen lugar a su interior.

1. Son empresas en donde predomina la informalidad laboral.

Sin ánimo de extendernos sobre las peculiaridades del fenómeno de la informalidad, tan extendido en todas las instituciones de nuestro país, sin exceptuar a las empresas, baste señalar que a nivel de las relaciones laborales familiares de las microempresas familiares aquella se expresa de diversas maneras, como por ejemplo:

- (i) Debido a la íntima relación (no siempre afectiva ciertamente) que existe entre el conductor o propietario del negocio y sus trabajadores-familiares, se originan códigos de conducta laborales muy peculiares en cada empresa, dentro de los cuales no siempre es posible diferenciar dónde inician y terminan las relaciones de familia y las de trabajo.
- (ii) Como consecuencia de lo anterior, surge una mayor y casi absoluta discrecionalidad del titular del negocio para manejar internamente la microempresa, aplicando sus propios criterios.
- (iii) Pero, aunque parezca contradictorio con lo manifestado en el párrafo anterior, suele ocurrir también que la administración del negocio puede ser compartida entre el propietario y sus trabajadores-familiares, ya que, por encima

de todo, se considera que está de por medio siempre la subsistencia del negocio para satisfacer las necesidades familiares.

- (iv) Como es bien sabido, en estos negocios es inusual que el propietario remunere a sus trabajadores-familiares, pues se aplica la lógica de que toda la familia debe “poner el hombro” para sacar el negocio a flote. Así, cuando de por medio hay algún tipo de remuneración o reconocimiento económico, este es considerado como una gracia por parte del propietario. Con igual lógica, la seguridad social y otros beneficios similares son casi impensables.

Ahora bien, más allá de las varias las razones que podrían explicar la existencia de la informalidad en las empresas familiares, lamentablemente en una realidad como la nuestra -al igual como ocurre en la mayor parte de Latinoamérica, a decir del autor Enrique de la Garza⁽¹⁷⁾- para un inmenso sector de las microempresas la informalidad es casi la única alternativa para mantenerse a flote en el mercado (e, incluso algunas veces, de crecer hasta cierto nivel), pues así consiguen evitar algún contacto con un Estado que aparece ante ellas más como un obstáculo que como un apoyo.

En línea con lo anterior, desde luego, no ha de pensarse que las microempresas que superan la informalidad lo hacen necesariamente porque resulte lo más conveniente para su crecimiento y desarrollo, o porque les interese cumplir como es debido con sus obligaciones frente al Estado y sus trabajadores. Para muchas de ellas esta es la única salida para poder conseguir algún crédito que, cuando menos, les permita continuar operando algún tiempo más en el mercado. Es muy posible que a buena parte de las microempresas en general (y a un amplio sector de las microempresas familiares) les resulta muy cómodo instalarse en la informalidad, ya que no tienen mayores aspiraciones de crecer en el mercado o producir más de lo normal, insertándose en alguna cadena productiva o formando parte de algún conglomerado con otras empresas pares.

Finalmente, otro factor quizás más simple pero no por ello menos importante para explicar la informalidad en las microempresas familiares sea la libertad de acción que estas unidades económicas pueden proporcionar a sus miembros, donde cada uno puede disponer libremente de sus tiempos brindando a la empresa familiar el tiempo que sea necesario para su continuidad, acompañado de un grupo humano de absoluta confianza y gozando de una mayor independencia que en cualquier otro centro de trabajo. Así, la microempresa puede constituirse como un núcleo articulador de los esfuerzos familiares para buscar en conjunto la satisfacción de las necesidades y aspiraciones colectivas e individuales de la familia. Recordemos, al respecto, que para muchas personas lo principal es contar con un ambiente

(17) DE LA GARZA TOLEDO, Enrique: “Las relaciones laborales en las micro y pequeñas empresas de México”, p. 176. Publicado en “Papeles de Población” N° 020, revista de la UAM, México, abril-junio de 1999. En: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/112/11202008.pdf>>.

de trabajo que les permita desenvolverse libremente y sin la presión continua de un agente extraño cuya preocupación principal por lo general no es, precisamente, el bienestar de los trabajadores, sino la productividad de la empresa.

2. Son empresas que generalmente asumen la figura legal de la “persona natural con negocio”

Debido a que en estas microempresas la fuerza de trabajo está constituida exclusiva o mayoritariamente por los propios familiares del titular o propietario de la empresa, la figura de la “persona natural con negocio” es la que les resulta más funcional a sus aspiraciones, pues, gracias a la aplicación del Artículo 54 de la Ley MYPE quedan librados de contratar formalmente como trabajadores a sus propios familiares y cónyuges, algo a lo que sí estarían obligados en caso de asumir alguna forma jurídica societaria.

Ahora bien, en nuestra opinión, esta preferencia por asumir la figura de la persona natural con negocio puede responder a dos motivos desde el punto de vista de lo laboral: (i) primero, porque, en el fondo, los miembros de estas unidades económicas no se auto identifican o reconocen como sujetos de una relación laboral, ya que en una sociedad como la nuestra suelen primar por encima de cualquier relación de tipo económico las relaciones de confianza y afectividad que generan los lazos familiares; y, (ii) segundo, porque al asumir esta figura evitan incurrir en costos laborales que, de acuerdo con sus propias proyecciones económicas, podrían resultarles perjudiciales para la propia continuidad de la microempresa. Factor este último donde se debería poner mayor atención para el establecimiento de un adecuado régimen laboral, a fin de no dejar en la absoluta desprotección a este importante sector de la población.

3. Son unidades económicas a las que se identifica más como una fuente de empleo que como una empresa de acumulación capitalista

Un hecho que se puede comprobar cotidianamente es que a los propietarios y trabajadores de las microempresas familiares les resulta sumamente difícil creer que su negocio se constituye como una verdadera empresa -por lo menos tal y como se la concibe clásicamente a esta, o sea, como una entidad generadora de capital-, limitándose a reconocerla más como una fuente de empleo a través de la cual pueden satisfacer determinadas necesidades, antes que como una fuente de acumulación de riqueza. Al respecto, valga destacar que una situación similar se presenta en la realidad comparada, tal y como nos lo refiere Luis Razeto, al comentar algunas características de las microempresas familiares argentinas⁽¹⁸⁾: “Los sujetos que organizan estas pequeñas unidades de producción y comercialización tienen dificultades

(18) RAZETO MIGLIARO, Luis: “Sobre el futuro de los talleres de trabajo y las microempresas”, p. 2. Artículo publicado en la revista *Trabajo y Economía*, Año 2, N° 3. Santiago de Chile, 1994. En: <<http://luisrazeto.net/content/sobre-el-futuro-de-los-talleres-de-trabajo-y-las-microempresas>>.

para asumir como propia la denominación de ‘microempresas’. Ellos, en su inmensa mayoría, no se sienten empresarios, aunque el prefijo ‘micro’ les torna más aceptable el vocablo. Para referirse a su unidad productiva o comercial usan expresiones como estas: ‘mi taller’, ‘mi trabajo’, ‘mi local’, ‘mi lugar de trabajo’, ‘mi oficio’ (...); ellos se piensan a sí mismos, en su inmensa mayoría, como trabajadores independientes, como trabajadores que poseen sus propios medios de trabajo, como artesanos; rara vez como empresarios, nunca como capitalistas”.

Cabe señalar, no obstante, que con ello no deseamos cuestionar el concepto de microempresa que actualmente se aplica al conjunto de los negocios familiares, ya que, en términos técnicos, ostentan determinadas características que sí permiten clasificarlos como tales, pues se constituyen como “unidades de gestión que utilizan autónomamente un conjunto de factores económicos y cumplen las funciones de producción, comercialización, administración, etc”⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, donde sí nos parece pertinente hacer énfasis es en esa autoidentificación de quienes constituyen el universo de las microempresas familiares, pues -quizás de un modo aún inconsciente- creemos que es una forma de autoreconocerse como un sector muy particular y diferente de la economía nacional, que, por lo mismo, amerita desarrollarse de manera autónoma dentro de su propio contexto económico y social, y que requiere de una regulación diferente de la aplicable a las empresas convencionales, o sea, las del tipo de acumulación capitalista cuya principal finalidad es la de maximizar en todo lo posible la rentabilidad del capital invertido.

4. Son empresas que se clasifican mayoritariamente entre las empresas de acumulación simple o de subsistencia

Una característica primordial de las microempresas familiares es que, debido a una multiplicidad de factores -como el reducido número o ausencia de personal calificado, poca capacidad de invertir capital, difícil o nula posibilidad de acceso a créditos, difícil o imposible acceso a la innovación tecnológica, falta de información elemental para extender su mercado, deficiente administración, etc.⁽²⁰⁾-, ellas operan en el mercado con serias limitaciones, bajo una lógica de subsistencia, encaminada a la sola obtención de aquellos recursos básicos que les permitan proveerse de un ingreso elemental para la manutención familiar.

Cabe aclarar, sin embargo, que cuando hablamos de “subsistencia” no estamos asimilando tal concepto al de “sobrevivencia”, pues este último término, a la larga, implicaría la consecuente desaparición de cualquier tipo de empresa, dado que nada resiste una continua descapitalización. En efecto, por “subsistencia” –en consonancia con su significado literal⁽²¹⁾– entendemos la capacidad que tienen ciertas

(19) *Ibid.*, p. 3.

(20) VALDIVIA, Néstor: *Ob. cit.*, p 2; y KAISERBERGER, Gino: *Ob. cit.*, p. 1.

(21) Subsistencia: permanencia, estabilidad y conservación de las cosas. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición. Disponible en: <<http://www.rae.es/rae.html>>.

microempresas de obtener los ingresos que les permiten recuperar el capital necesario para la continuidad del negocio y, a la vez, un margen de ganancias destinado a la satisfacción de las necesidades familiares inmediatas, logrando así los suficientes ingresos como para mantenerse estables en el mercado pero sin que ello signifique ni su constante crecimiento ni su declive definitivo.

Así, esta capacidad de “subsistir” puede convertirse para muchas microempresas en la tan deseada estabilidad y continuidad empresarial a la que aspiraron al emprender su negocio, a través de la cual garantizar el estándar de vida anhelado para su familia. Por lo dicho, la “subsistencia” no necesariamente debe asimilarse a las microempresas familiares de bajas ganancias. La obtención de sus ingresos dependerá, a su vez, de variables como la ubicación territorial del negocio (zonas de clase alta o media, o sectores populares), el público objetivo hacia el cual se dirija su actividad, su ubicación dentro de un entorno comercial alto o bajo, etc.

De este modo, cada grupo familiar obtendrá los recursos económicos que le permita, además de satisfacer sus necesidades inmediatas (alimentación, vestido, vivienda, educación) y el pago de los servicios básicos (agua potable, luz eléctrica), atender a otros requerimientos (viajes de recreación, mejora en la vivienda, educación en entidades privadas, etc.). Sirvan como ejemplo de ello las tiendas de abarrotes, *mini markets*, boticas, librerías y pequeños restaurantes o fuentes de soda que encontramos distribuidos en los diferentes distritos de la capital.

VI. UN ELEMENTO PECULIAR DE LAS MICROEMPRESAS FAMILIARES: SU RELACIÓN CON EL CRECIMIENTO ECONÓMICO.

Como consecuencia de lo desarrollado en el punto anterior surge, entonces, lo que para nosotros resulta la característica más peculiar de los negocios familiares. Y es que, a diferencia de las empresas típicas, cuya naturaleza y finalidad primordial es la acumulación constante de capital y riqueza para reinvertirla en la mejora de la productividad necesaria para proseguir su ciclo de expansión en el mercado; las microempresas familiares suelen tener o, incluso, imponerse a sí mismas, una limitada capacidad de crecimiento, ya sea porque crean haber alcanzado su techo o máxima productividad, porque no se consideren suficientemente competitivas como para irrumpir en un mercado mayor, porque sean conscientes de sus limitadas herramientas económicas, administrativas y publicitarias para hacerlo, o simplemente porque sus titulares y trabajadores se conforman con la posición alcanzada que les permite adquirir un estándar de vida que consideran adecuado. Dicho de un modo simple: *las microempresas familiares no siempre tienen la necesidad de crecer ni mercantil ni económicamente.*

En este punto, cabe indagar las razones por las cuales las microempresas familiares adoptan una actitud de “no crecimiento”. Para tal efecto, nos parece oportuno

volver sobre las conclusiones alcanzadas por el antes citado Luis Razeto. Este autor nos explica que: “(...) la maximización de beneficios puede tener muy diversas expresiones y significados. Por ejemplo, las instituciones y empresas ‘sin fines de lucro’, lo que persiguen en su propia racionalidad económica es la maximización del beneficio que ellas puedan proporcionar a terceros, (...) en el caso de los talleres y microempresas, el objetivo principal que orienta sus decisiones no es de este tipo altruista: ellos buscan, en efecto, maximizar el beneficio de sus propios organizadores e integrantes. (...) ***Trátese de una persona, una familia o un grupo, el beneficio presenta un carácter esencialmente humano: es el beneficio de un sujeto.*** No significa esto que no tenga un contenido material o financiero; pero este beneficio material o financiero es concebido y medido como tal beneficio en cuanto lo es de un sujeto. En otras palabras, ***el beneficio máximo que persiguen los talleres y microempresas, consiste en un máximo de satisfacción (personal, familiar o grupal) de las propias necesidades, aspiraciones y deseos, posible de obtener mediante aquella organización y actividad económica***”⁽²²⁾. Lo cual, añadimos nosotros, no es en efecto la aspiración de las típicas empresas de acumulación de capital, cuyo objeto principal no es la obtención de beneficios para la satisfacción de una necesidad humana, sino la mera generación de riqueza y la máxima expansión del capital invertido.

Para un observador atento al debate que se viene dando en relación con la constitucionalidad del RLE de la Ley MYPE, no cabe duda que lo expresado en el párrafo anterior puede representar un punto de quiebre respecto de la concepción de las microempresas nacionales que subyace en la norma. Como quiera que el marco legal no se detiene a examinar estas diferencias sustanciales entre las microempresas familiares y las empresas convencionales, termina por brindar a todas ellas el mismo tratamiento legal, como si el conjunto de estas unidades económicas apuntara al mencionado crecimiento económico y a la acumulación de capital.

Asimismo, y como no puede ser de otra manera, las relaciones laborales familiares se ven necesariamente influidas en su desenvolvimiento por esta especial relación que tienen las microempresas con el crecimiento económico, dado que, dependiendo del nivel de ganancias que la empresa alcance, y esté en condiciones de mantener, recién se podrá contemplar, luego, cuál es su capacidad para solventar como es debido el acceso de sus trabajadores a los derechos laborales que les corresponde.

No en vano hay algunos autores que, de manera acertada, consideran que frente a las microempresas de subsistencia y sobrevivencia (como es el caso de la mayor parte de las microempresas familiares) corresponde aplicar políticas públicas -y no solo normas- de protección social, mientras que frente a las empresas de

(22) RAZETO MIGLIARO, Luis. Ob. cit., p. 3.

acumulación ampliada (ya sean microempresas o pequeñas empresas) correspondería aplicar políticas de promoción, articulación y desarrollo⁽²³⁾.

VII. CONCLUSIONES (EN FUNCIÓN DE ORIENTAR EL DEBATE EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RLE DE LAS MYPE).

Como resultado de este breve recorrido efectuado a través del mundo de las microempresas familiares, hemos extraído algunas conclusiones en lo concerniente a las relaciones laborales familiares que se despliegan a su interior:

1. En primer lugar, *resulta evidente la existencia de una diferencia práctica entre las relaciones laborales que se desarrollan en las empresas convencionales* (que sí responden al esquema típico del derecho del trabajo de empleador-trabajador asalariado, para las cuales resultan aplicables todas las instituciones del derecho laboral) *frente a las que se desenvuelven mayoritariamente dentro de las microempresas familiares* (cuyo esquema predominante es el de empleador-familiar trabajador, muy condicionado por los vínculos de confianza y afecto). Diferencia que también aplica *como consecuencia de los fines que persiguen uno y otro grupo de empresas*, es decir: (i) la acumulación de capital, la maximización de los recursos invertidos y el mayor crecimiento posible de la empresa dentro de su respectivo mercado, tan característico del primer grupo de empresas; y, (ii) la finalidad esencialmente humana de lograr una satisfacción digna de las necesidades individuales y colectivas de un grupo familiar, propias del segundo grupo.
2. Esa sustancial diferencia entre ambos tipos de relaciones laborales, a la que hemos aludido en el punto anterior, no ha sido debidamente reconocida, comprendida y regulada en la Ley MYPE, al resultar de aplicación general el ya citado Artículo 54 de la Ley, con lo que un elevado porcentaje de la PEA nacional (conformado por los familiares del titular del negocio) queda de plano sin protección alguna, sin reparar que, en algunos casos, la microempresa familiar pudiera ya no ser precisamente de subsistencia sino más bien de acumulación. De otro lado, el legislador no ha reparado en que las microempresas de subsistencia (normalmente correspondientes a microempresas familiares, bajo la figura de la “persona natural con negocio”), podrían quedar excluidas del ámbito de aplicación del régimen laboral especial, y sin embargo, cobijar a su interior a una persona que no mantuviera con el titular relación alguna de parentesco, lo que implicaría que en salvaguarda de la subsistencia de la microempresa (finalmente, de titularidad de una persona), se estaría afectando derechos de un tercero, que labora a favor de dicho titular del negocio, y que no es su familiar. En este escenario, para algunos, se

(23) ARBULÚ, Jorge: Op. cit., p. 2; y PASCO COSMÓPOLIS, Mario: “Acceso a los derechos laborales en la microempresa. El caso peruano” (Ponencia presentada en la Conferencia de Responsables Gubernamentales de PYME del ALC-UE). Lima, marzo del 2008, p.2.

justificaría, inclusive, que la microempresa quedara temporalmente excluida de todo ámbito de regulación laboral., en aras de su viabilidad, solución extrema que no nos parece adecuada. Sin embargo, creemos que es en este contexto en que se debe explorar la actuación de políticas públicas destinadas a revertir esta situación de precariedad, y dotar a los terceros no-familiares de protección social básica.

3. Las microempresas familiares, en su mayoría encuadradas como microempresas de “subsistencia”, no están normalmente en condiciones de brindar a sus trabajadores-familiares los mismos beneficios laborales que a los asalariados. De esta manera, una vez aceptado que las microempresas familiares y, en general, las microempresas de sobrevivencia y de subsistencia configuran un sector distinto, creemos que se tendría un escenario más adecuado para diseñar las políticas públicas y normas especiales que amerita este amplio sector para la mejora de sus actuales condiciones económicas y laborales.
4. De otra parte, una vez reconocido y debidamente diferenciado el especial estatus de las microempresas de subsistencia, tendríamos un mejor escenario -ya “sincerado”- para dilucidar los aspectos polémicos generados en torno al RLE previsto en la Ley MYPE, pues así *quedaría claro que el cuestionamiento al régimen laboral sería, en todo caso, aplicable únicamente a aquellas empresas de acumulación ampliada*, o sea, al tipo de unidades económicas sobre las cuales generalmente se centran todos los debates en torno a las empresas emergentes. Así, la polémica alrededor de la constitucionalidad o no del RLE estipulado en la Ley MYPE se circunscribiría al ámbito que verdaderamente le concierne, esto es, al de las micro empresas con manifiesta voluntad de “crecer” dentro del mercado y, en consecuencia, con capacidad potencial para cubrir -en el corto, mediano o largo plazo- los costos laborales de todos sus trabajadores, así como a las pequeñas empresas, a las cuales, por sus dimensiones, parece más cercano hacerles exigible la aplicación del régimen laboral general.
5. Asimismo, nos parece oportuno dejar bien sentada esta diferenciación entre las empresas de subsistencia y las de acumulación ampliada o de “crecimiento” con la finalidad de volver sobre el debate de uno de los aspectos más controvertidos de la actual Ley MYPE: que su RLE, que más parece inspirado en la realidad de las microempresas de subsistencia, sea aplicado de manera irregular y abusiva, o por un tiempo demasiado prolongado, por aquellas microempresas o pequeñas empresas que sí tienen la voluntad, condiciones y mejores posibilidades de crecer a un ritmo continuo en el mercado, hasta alcanzar una capacidad suficiente como para brindar a sus trabajadores un adecuado estándar laboral. En efecto, admitir que el RLE de la actual Ley MYPE pueda ser aplicado indistintamente por cualquier tipo de micro o pequeña empresa se muestra como una forma muy cuestionable de promover el crecimiento empresarial a costa del desmedro de derechos laborales.

6. Ahora bien, no quiere decir lo anterior que, a juicio nuestro, el RLE consignado en la Ley MYPE sea inconstitucional de plano. En efecto, siendo conscientes de que toda empresa emergente requiere necesariamente de un tiempo prudente para consolidarse en el mercado y obtener un capital que pueda reinvertir constantemente, quizás podría evaluarse una progresividad en su implementación, conforme la microempresa lograra asentarse competitivamente en el mercado.
7. Discrepamos de quienes, amparándose en el modelo de régimen laboral especial plasmado en la Ley MYPE, promueven la idea de su extensión hacia todos los sectores de la economía nacional, planteando que se constituya en el nuevo régimen laboral general.
8. Finalmente, y retomando el tema de las relaciones laborales familiares predominantes en las microempresas familiares, somos de la opinión de que, en un debate sobre la constitucionalidad del RLE de la Ley MYPE, no ha de perderse de vista el conjunto de razones expuestas a lo largo del presente trabajo. En esa dirección, hemos podido advertir que en estas particulares relaciones de trabajo, sus actores son conscientes de que la microempresa puede ser la única fuente de ingresos que les permita lograr una mejor calidad de vida a la familia en su conjunto. Sin embargo, en aquellas microempresas familiares que ostentaran un nivel y vocación económicamente expansivos, los trabajadores familiares no deberían quedar excluidos de sus derechos laborales. Inclusive en las microempresas de subsistencia, cuya exclusión temporal del RLE de las MYPE podría evaluarse, en principio, consideramos que, sin poner en riesgo la continuidad del negocio familiar, debería cuando menos garantizarse a los terceros no familiares el acceso a algunos beneficios sociales básicos.

FUENTES DE CONSULTA E INFORMACIÓN

1. ARBULÚ, Jorge. “PYME: La socia mayoritaria del Perú”. Artículo publicado en el diario “El Peruano”. Lima, 13 de abril de 2007. En: <http://www.pad.edu/data/upload/publicaciones/La_PYME_en_el_Peru_Jorge_Arbulu.pdf>.
2. CHACALTANA JANAMPA, Juan. “Una evaluación del régimen laboral especial para la microempresa en Perú, al cuarto año de vigencia”. Estudio preparado para la OIT. Lima, 2008. En: <http://www.cedepperu.org/img_upload/c55e8774db1993203b76a6afddc995dc/Ley_Mype_Per___final_final_revisada.pdf>.
3. DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “Las relaciones laborales en las micro y pequeñas empresas de México”. Publicado en “Papeles de Población” N° 020, revista de la Universidad Autónoma de México. Toluca, abril-junio de 1999. En: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/112/11202008.pdf>>.

4. GALVÁN SANTA CRUZ, Edgar. “Plan Nacional de Promoción y Formalización para la Competitividad y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa (2005-2009)”. Material informativo publicado en el portal del MTPE. Lima, abril de 2007. En: <http://www.mintra.gob.pe/contenidos/archivos/expo_inspecciones/plannacional.ppt#268,15,Diapositiva>.
5. GAMERO REQUENA, Julio. “Análisis del Decreto Legislativo N° 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente” (documento inédito).
6. GAMERO REQUENA, Julio. “Medidas urgentes para mejorar la situación del empleo en el Perú”. Artículo publicado en la revista “Economía y Sociedad”, del CIES. Lima, diciembre del 2006. En: <http://www.mesadeconcer-tacion.org.pe/documentos/general/gen_00816.pdf>.
7. JARAMILLO BAANANTE, Miguel. “La Regulación del Mercado Laboral en Perú”. Lima, abril del 2004. En: <[www.grade.org.pe/\(...\)/MJ-Regulacion%20del%20Mercado%20Laboral%20en%20Peru.pdf](http://www.grade.org.pe/(...)/MJ-Regulacion%20del%20Mercado%20Laboral%20en%20Peru.pdf)>.
8. KAISERBERGER ABATE, Gino. “La realidad de la microempresa”. Artículo publicado en el portal del Consejo para el Desarrollo Empresarial (CESDEN). Lima 2007. En: <<http://www.cesden.org.pe/modules/news/article.php?storyid=748>>.
9. MILLÁN, Patricio y otros. “Un estatuto especial para microempresas trabajo-trabajo es clave para reducir la informalidad”. Artículo publicado en la Serie de Informes de la Economía Real “Empleo y Desarrollo Social”, de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), año V, N° 25. Buenos Aires, abril 2010. En: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo12/files/Bolletn_Empleo_25_Abril_2010.pdf>.
10. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Acceso a los derechos laborales en la microempresa. El caso peruano”. Ponencia presentada en la Conferencia de Responsables Gubernamentales de PYME de América Latina y el Caribe–Unión Europea (ALC–UE). Lima, marzo 2008. En <http://www.alide.org.pe/download/reuniones/2008-04_Conferencia-Pyme/Sesion05_05_Pasco_Ministro-Trabajo.pps#836,1,Diapositiva>.
11. RAZETO MIGLIARO, Luis. “Sobre el futuro de los talleres de trabajo y las microempresas”. Artículo publicado en la revista “Trabajo y Economía”, Año 2, N° 3. Santiago de Chile, 1994. En <<http://luisrazeto.net/content/sobre-el-futuro-de-los-talleres-de-trabajo-y-las-microempresas>>.
12. SARAVÍ, Gonzalo. “La microempresa ante el nuevo escenario productivo: ¿hacia dónde se dirigen las relaciones laborales? Análisis de un distrito industrial en México”. Guadalajara, 1997. En: <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/saravi.pdf>>.

13. TOKMAN, Víctor. “La legislación laboral y su impacto en la microempresa: análisis comparativo entre países y propuestas de acción”. En: Víctor Tokman (Director). *De la informalidad a la modernidad*, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2001.
14. VALDIVIA, Néstor. “El heterogéneo mundo de la pequeña y microempresa en el Perú”. Artículo publicado en la Revista “Gerencia”. Lima, 30 abril de 2003. En: <http://www.grade.org.pe/asp/brw_med1.asp?id=8130>.
15. VALENZUELA, María Elena; DI MEGLIO, Roberto; y REINECKE, Gerhard. “De la casa a la formalidad. Experiencias de la ley de microempresas familiares en Chile”. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Santiago de Chile, 2006. En: <http://www.oit Chile.cl/pub_deploy.php?cat=igu>.
16. VILLARÁN, Fernando. “Las PYMEs en la estructura empresarial peruana”. Estudio publicado por la institución “Servicios para el Desarrollo” (SASE). Lima, junio del 2006. Disponible en: <<http://decon.edu.uy/network/panama/VILLARAN.PDF>>.

A PROPÓSITO DE LA DISCUSIÓN DE UN NUEVO CONVENIO DE LA OIT: “¿TIENEN DERECHOS LABORALES LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR?”^(*)

*Beatty Egúsqüiza Palacín^(**)*

*“Empiezo a las 5 de la mañana y me acuesto a las 11 o 12 de la noche, estoy cansada
pero no puedo dejar de trabajar, porque no tengo a donde ir”
(Nayda trabajadora del hogar)^(***)*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la igualdad y a la no discriminación es un principio reconocido en nuestra Constitución Política, aplicable a todos los peruanos: ¿esto es una realidad o una ficción? Empezamos con esta pregunta debido a que en la actualidad las trabajadoras del hogar prestan servicios personales, remunerados y subordinados, pero no gozan de los mismos beneficios que otros trabajadores. La idea tradicional es que lo doméstico es asumido como el rol tradicional de la mujer, y se ha entendido como algo natural las tareas que ellas desempeñan.⁽¹⁾

(*) Para Fernanda, por haberme otorgado un poco del tiempo que le corresponde.

(**) Bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de Cátedra del Curso de Derecho Colectivo del Trabajo. Miembro del Taller de Estudios Laborales y de la Seguridad Social Jean- Claude Javillier (TESS).

(***) *Perú Invisible y sin derechos: Aproximación al perfil del trabajo infantil doméstico*. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Programa internacional para la erradicación del trabajo infantil – IPEC Proyecto subregional de prevención y eliminación del trabajo infantil. Lima. Noviembre 2002, p. 50

(1) Aún existe la arraigada concepción de que el trabajo doméstico es un “trabajo de mujeres”.

Actualmente muchas de ellas no pueden acudir a un Juzgado de Paz Letrado para poder solicitar el cumplimiento de los escasos derechos que por ley se le han reconocido, porque tal vez los desconocen o en otros casos porque conociéndolos no tienen los medios suficientes para acudir a un Órgano Jurisdiccional.⁽²⁾ Es en estas circunstancias en que la OIT en el marco de fomentar un trabajo decente, está analizando la redacción de un nuevo Convenio para los trabajadores domésticos, el mismo que ha sido tratado como cuarto punto del orden del día en la Conferencia Internacional de Trabajo realizado en junio de 2010.

Asimismo, tampoco existe un reconocimiento, una valoración por parte de la población de las circunstancias que viven las trabajadoras del hogar, por lo que se debe tener en cuenta que “pagar a empleados domésticos para que se encarguen de las tareas domésticas, el cuidado de los niños y las personas de edad avanzada es una solución de la «nueva economía» que en muchos países industrializados, tienden a adoptar las familias de profesionales de clase media en que el hombre y la mujer trabajan.⁽³⁾ Otro aspecto importante a tener en cuenta es que el propio Estado no considera el trabajo del hogar como importante debido a “que nunca se han tenido en cuenta como indicadores de la Población Económicamente Activa (PEA), lo que marca también una discriminación social, económica y familiar. Por lo general las mujeres dedicadas al hogar son consideradas desocupadas y las mujeres que trabajan en el hogar son identificadas como de bajo rango”⁽⁴⁾. Además, cabe indicar que las necesidades y los intereses de los trabajadores domésticos suelen permanecer ocultos y no llegan a integrarse plenamente en los debates sobre las políticas públicas⁽⁵⁾.

En ese contexto, el presente trabajo intenta realizar un análisis, sin duda no exhaustivo, del pasado y el presente de la regulación de la actividad de las trabajadoras del hogar, el ámbito de aplicación del régimen laboral especial de los trabajadores del hogar, las características de este régimen, para finalmente plantear algunas propuestas para mejorar su actual situación.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS

“El trabajo doméstico es, en efecto, una de las ocupaciones más antiguas y más importantes para millones de mujeres del mundo entero, que hunde sus

(2) Al respecto ver Mendoza Orellano, Pilar. *Trabajadoras del Hogar. A veces, con la ley se gana*. Revista Electrónica Construyendo Nuestra Interculturalidad, Año 5, N° 5, Vol. 4. 2009. <<http://www.interculturalidad.org/numero05/docs/03a05->>.

(3) En la sociedad contemporánea, el trabajo de cuidado dentro de los hogares es esencial para que la economía también funcione fuera de ellos. *Conferencia Internacional del Trabajo 99*, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT

(4) *Perfil del trabajo doméstico: Brasil, Colombia, Paraguay y Perú*. Material de Trabajo 4. Vol. I. OIT. 2004, p. 30.

(5) *Conferencia Internacional del Trabajo 99*, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT.

raíces en la historia mundial de la esclavitud, el colonialismo y otras formas de servidumbre”.⁽⁶⁾

En las épocas antiguas y en la edad media las personas que desarrollaban las actividades domésticas eran los esclavos y los sirvientes, posteriormente cuando se eliminó estas formas de servicios, se establece una contratación de personas, en la mayoría mujeres, que se dedican al cuidado del hogar y de los niños a cambio de una determinada contraprestación.

En el caso del Perú, las trabajadoras del hogar han existido desde la época colonial. Era una manera en la que los conquistadores mantenían control sobre la gente autóctona, especialmente las mujeres. Por eso, el concepto (que no fue establecida durante esa época) de derechos humanos fue violado, las mujeres fueron maltratadas, y no podían obtener una educación, formal ni informal. La masa de los trabajadores del hogar era de la Sierra, quechua-hablantes y vivían en situaciones pobres.⁽⁷⁾

Respecto a los antecedente legales, la primera norma que reguló de alguna manera la actividad de las trabajadoras del hogar, se promulgó durante el gobierno de Manuel Prado, el Decreto Supremo N° 23 D.T. del 30 de abril de 1957 y la Resolución Suprema N° 018 del 14 de diciembre de 1957, la misma que se denominó *Beneficios a los domésticos*⁽⁸⁾, los derechos que se reconocían en amparo de las citadas normas son los mismos que se conocen actualmente, pero con grandes diferencias en la regulación de estos derechos. Como por ejemplo:

- Derecho a una compensación de una semana de salario por cada año completo de servicios prestados, en los casos de ser despedidos sin causa justificada.
- Derecho a seis (6) días de vacaciones pagadas después de un año de trabajo continuo al servicio de un mismo empleador.
- Derecho a doce horas continuas de descanso remunerado semanalmente, la oportunidad del descanso era establecido por el empleador.

Sin embargo, en virtud de las referidas normas existían ciertos beneficios que en la actualidad no se otorgan, como por ejemplo el establecido en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 23 D.T.: “*Cuando se contrate a trabajadores domésticos para prestar servicios en provincias o circunscripciones distintas del lugar de su residencia, el patrón les proporcionará la movilidad correspondiente tanto de ida como de regreso, al término del contrato*”.

(6) A. FAUVE-CHAMOUX (director de edición): *Domestic service and the formation of European identity: Understanding the globalization of domestic work, 16th – 21st centuries* (Berna, Peter Lang, 2004).

(7) El acceso a la educación para las trabajadoras del hogar. Institute for Study Abroad Perú Program. Butler University.

(8) En su artículo 1 realiza una definición y denomina trabajadores domésticos, a aquellos que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, cocina, asistencia y demás, propias de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importe lucro negocio para el patrón o sus familiares

Ahora bien, hay una importante diferencia con nuestra actual legislación, ya que conforme lo dispone en su artículo 9 el Decreto Supremo N° 23 D.T., las Autoridades de Trabajo tienen competencia para atender las reclamaciones que origine el incumplimiento de los beneficios sociales establecidos. En la actualidad, por el contrario, todas las reclamaciones laborales por incumplimiento de normas son de competencia del Poder Judicial.

Posteriormente, durante el gobierno de Juan Velasco Alvarado se promulga el Decreto Supremo 002-1970-TR, mediante el cual se reconoce una parte de los derechos que actualmente tienen las trabajadoras del hogar, como son 15 días de vacaciones; 15 días de remuneración por compensación por cada año de servicios cuando cesen en el trabajo sin haber incurrido en causal de pérdida de beneficios sociales en caso de despido del trabajador, si los servicios prestados no alcanzaba a un año la compensación se pagaba por dozavos, en el caso de los trabajadores domésticos que se retiren, solo se les computaba para el pago, los años completos y asimismo tenían derecho como mínimo a ocho horas diarias de descanso nocturno, a 24 horas continuas de descanso semanal, el que podrá ser en día domingo o en otro de la semana, a descanso los días 1 de Mayo, 28 de Julio y 25 de diciembre; señala asimismo que en el caso que el empleador necesitara los servicios del trabajador doméstico en alguno de estos tres días, le abonará un salario extra; finalmente, si bien es cierto que en la anterior norma -Decreto Supremo 023-TR en su artículo 7- se estableció que las trabajadoras del hogar se incorporarían al régimen de Seguridad Social (que cubría los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte que otorgaba la Caja Nacional del Seguro Social) es recién con el Decreto Supremo 002-1970-TR que se concretó este beneficio.

Respecto a la historia de la formación sindical de las trabajadoras del hogar la Sra. Adelinda Díaz⁽⁹⁾ señala que junto con Victoria Reyes impulsó la formación del gremio desde la época de los años setenta. Es pues desde el año 1973 que empezaron a organizarse para formar un grupo de personas unidas dispuestas a velar por los derechos de las trabajadoras del hogar, es así que en principio establecieron en 8 distritos de Lima, en función al lugar de trabajo (Surco, San Isidro, Surquillo, Miraflores, Magdalena, Pueblo Libre, Breña y La Victoria) sedes que posteriormente pasarían a formar parte de la Coordinadora de Sindicatos de Trabajadoras del Hogar de Lima Metropolitana. Esta tarea duró casi tres años, y el 24 de diciembre de 1973⁽¹⁰⁾ decidieron inscribirse como sindicato ante la Autoridad Administrativa, con un resultado desfavorable; para luego en el año 1982 formar el Centro de Capacitación de Trabajadoras del Hogar (CCTH), quien se encargaría de velar por los intereses del gremio Posteriormente en octubre de 2006 con apoyo de la CCTH obtienen el reconocimiento del Sindicato de Trabajadoras del Perú

(9) Adelinda Díaz Uriarte, actual Secretaria General del Sindicato de Trabajadoras del Hogar del Perú (SIN-TRAHOGARP) Jr. Waluski 132 Lima Cercado.

(10) Señalan que eligieron esta fecha debido a que conmemoraron a la vez el nacimiento del Niño Jesús dentro de las trabajadoras del hogar.

(SINTRAHOGARP), la misma que actualmente posee 450 afiliadas y se encuentra asociada a la Confederación Latino Americana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar (CONLACTRAHO⁽¹¹⁾).

Ulteriormente la entidad sindicalista trabajaría, año tras año, por obtener una norma que las ampare, es así que recién en el año 2002, presentarían al Congreso el Proyecto de Ley de Trabajadoras del Hogar, para que finalmente a consecuencia de los pedidos realizados, el 6 de junio de 2003, se promulgaría la Ley N° 27986, Ley de Trabajadoras del Hogar (durante el gobierno de Alejandro Toledo) pocos meses después se reglamentó mediante el Decreto Supremo 015-2003-TR de fecha 20 de noviembre de 2003.

Entre otras normas que se promulgó a favor de este régimen especial, tenemos que en el año 2009 se establece, mediante el Decreto Supremo 004-2009-TR, una norma que precisa actos de discriminación contra las Trabajadoras del Hogar, este dispone que incurren en un acto de discriminación sancionado de conformidad con la legislación sobre la materia, aquel empleador que establece como condición a quien se desempeña como trabajador o trabajadora de su hogar, a usar uniformes, mandiles, delantales o cualquier otra vestimenta identificatoria o distintivo identificatorio en espacios o establecimientos públicos como parques, plazas, playas, restaurantes, hoteles, locales comerciales, clubes sociales y similares. Es menester manifestar, que el Estado con esta clase de normas, crean un mensaje negativo a la sociedad. En lugar de luchar contra la discriminación buscando la igualdad entre todos los trabajadores, lo que hacen es hacer creer que el trabajo doméstico es algo indigno de lo cual deben avergonzarse y el uniforme es un símbolo de ello. El uso de uniforme no es discriminatorio en lo absoluto, la discriminación está en los ojos de aquellas personas que así lo creen.

Recientemente, con fecha 18 de agosto de 2010 en Audiencia Pública realizada en el Congreso de la República las trabajadoras del Hogar solicitaron la reformulación de la Ley N° 27986, de lo cual resalta como puntos importantes:

- Respecto al contrato de trabajo, este debería ser celebrado en forma escrita. Cabe precisar que actualmente la Ley N° 27986 en su artículo 3 establece que el contrato de trabajo será celebrado en forma verbal o escrita. Considero que ello contribuye a la informalidad que existe en muchos casos, lo cual repercute muchas veces en la acreditación de un vínculo laboral.

(11) La Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar (CONLACTRAHO) fue fundada en Bogotá, Colombia, el 30 de marzo de 1988, día en el que hoy se celebra el “Día de las trabajadoras del hogar” en casi toda la región. La Confederación cuenta con organizaciones afiliadas de 13 países, además del Canadá, y de una organización de trabajadoras inmigrantes Europa. La mayoría de sus afiliados son trabajadoras domésticas desde hace entre 15 y 20 años y se comprometen a promover una reforma de la legislación que permita lograr la igualdad de derechos y garantizar el cumplimiento de las recientes reformas legislativas emprendidas en los Estados Miembros, en particular en Bolivia, el Brasil y el Perú.

- Respecto al monto de la remuneración solicitan que en cualquiera de sus modalidades debe tener como base la remuneración mínima vital⁽¹²⁾. Se debe resaltar que en forma positiva el Perú al igual que otros países no considera como parte de la remuneración el alojamiento y la alimentación.⁽¹³⁾
- Respecto a las trabajadoras del hogar en la modalidad “cama adentro”, el tiempo de trabajo debe ser de 8 horas diarias continuas, debiendo reconocerse el pago de horas extras.

Por último, se sostiene que “en los dos últimos decenios se ha registrado una creciente demanda de este tipo de cuidado en todas partes del mundo, tendencia esta que se ha acentuado con la incorporación masiva de las mujeres a la fuerza laboral, el envejecimiento de las sociedades, la intensificación del trabajo y la frecuente insuficiencia o carencia de pautas de actuación para facilitar la conciliación de la vida familiar con la vida laboral”⁽¹⁴⁾.

III. ALCANCE CONCEPTUAL

El Artículo 2 de la Ley de los Trabajadores del Hogar, señala que son trabajadores del servicio del hogar las que efectúan labores de aseo cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás actividades propias de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares.

Tal como se indico, anteriormente se denominaba “criado o sirvienta⁽¹⁵⁾” a quien prestaba estos servicios. “En otros países, los términos utilizados son «asistente» o «ayudante» del hogar, fórmula que lamentablemente resta importancia al

(12) El Perú es el único país en América Latina que no regula para las trabajadoras del hogar la remuneración mínima vital, como si lo hacen Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay. Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT.

(13) . En Uruguay también ha adoptado esta fórmula, pues en virtud del artículo 11 del decreto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por el cual se desarrolla la ley núm. 18065, de 27 de noviembre de 2006, los trabajadores domésticos que vivan en el domicilio del empleador tienen derecho a alimentación y alojamiento, conceptos por los que el empleador podrá deducir del salario mínimo un 20 por ciento (un 10 por ciento si solo se le proporciona alimentación). En Francia, el artículo 6 del convenio colectivo aplicable dispone que si se pide a un empleado que resida en el domicilio del empleador, el alojamiento no debe deducirse del salario neto. Respecto a América Latina se encuentra Bolivia una prohibición de pagos en especie. Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT.

(14) Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT.

(15) Servidumbre es una forma especial de esclavitud, que se distingue de aquella por la intensidad en que deben prestarse determinados servicios, puesto que no implica un derecho de propiedad sobre una persona, tal y como ocurre, en cambio, en el caso de la esclavitud en sentido propio. Sobrino Heredia, José Manuel. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo. Fundación BBVA, p. 179.

concepto de «trabajador» y entraña el riesgo de «devaluar» la ocupación».⁽¹⁶⁾ Por lo cual considero que el concepto utilizado por nuestra normativa actual es la más acorde, ya que no implica el riesgo de devaluar su posición y tampoco implica un rasgo de sumisión.

IV. CARACTERÍSTICAS

En este punto, procuraremos analizar qué características presentan los servicios de las trabajadoras del hogar. Así, podemos encontrar las siguientes

- No existe mayor discusión respecto a que si esta forma de prestación de servicios es laboral o no, debido a que definitivamente hay una dirección y fiscalización por parte de la parte empleadora, es decir, se da “el reconocimiento de que los trabajadores domésticos tienen realmente la calidad de trabajadores, ya trabajen en una familia, hayan sido colocados por una agencia de colocación en un hogar privado, o estén empleados en una institución pública o privada”.
- No tiene por objeto producir valor añadido, ganancias, es por ello que la mayoría de las personas consideran que la labor que realizan no es importante.⁽¹⁷⁾
- Sus tareas no se definen con precisión “cocinan, limpian, cuidan a los niños, a las personas de edad, a los impedidos e incluso animales domésticos, pueden variar considerablemente con el tiempo y “cuidar” a un niño puede abarcar desde la atención a niños pequeños durante una corta ausencia de sus padres, hasta hacerse cargo de la responsabilidad primordial de su educación”⁽¹⁸⁾. El trabajo es el que puede variar en el tiempo, así también pueden realizar un sin fin de actividades sin estar plenamente definidas.
- A veces, no son remunerados hasta que concluye su periodo de servicio, el mismo que puede durar varios años, y el salario puede ser gravado con

(16) Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT

(17) Así, según cierta mentalidad, carece de valor cualquier otro trabajo realizado fuera del proceso de la producción de mercancías. Por ejemplo, todo el trabajo necesario a la reproducción y reposición de la fuerza de trabajo, el cual es realizado fundamentalmente por las mujeres, queda desvalorizado; y, aun cuando es imprescindible a la realización de la actividad económica, es considerado secundario. (...)Es el trabajo humano, a través del proceso de producción, el que incorpora valor a la materia prima, al transformarla en producto que se convertirá en mercancía; es por ello que se valoriza solo el trabajo que produce bienes a ser intercambiados en el mercado. Y es por ello que una parte importante del trabajo realizado por las mujeres, es subvaluado y subpagado (es decir mal pagado). *Como nos incorporamos las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo*. Material del Curso Género y Salud Laboral. Instituto Laboral Andino (ILA). 2010

(18) Se señala que la definición de las categorías de ocupaciones y las consiguientes tareas no es de una precisión absoluta, y que una de las características de los trabajadores domésticos en numerosas partes del mundo reside en la dificultad de circunscribir los quehaceres que deben llevar a cabo en los hogares privados. Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT

deducciones, por daños ocasionados por estos trabajadores durante su trabajo o como una forma de control, especialmente aquellas trabajadoras migrantes.⁽¹⁹⁾ Respecto a este último tema es necesario tener en cuenta que “en la actualidad, asistimos, a la aparición de nuevas formas de esclavitud, entre las cuales destaca la esclavitud domestica o la esclavitud moderna. Se estima, por ejemplo, que en el mundo cuatro millones de mujeres son vendidas cada año. En muchos de los casos, a las víctimas se les confisca el pasaporte y se les deja en una situación total de vulnerabilidad frente a sus empleadores, sufriendo, en la mayor parte de los casos, violencia física y/o sexual. Muchas de estas víctimas son inmigrantes, que se encuentran en una situación irregular en el país en el que están explotadas”.⁽²⁰⁾

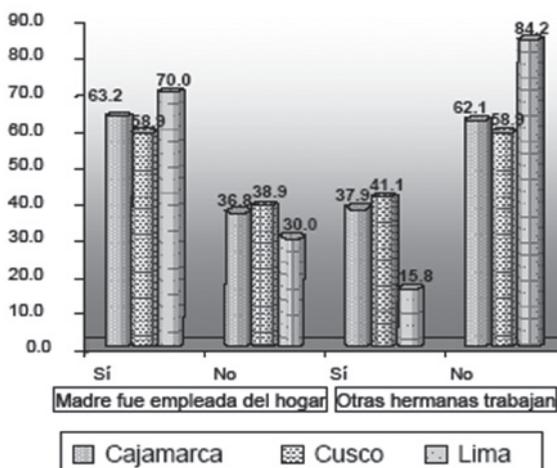
- En ciertas ocasiones el lugar de trabajo es al mismo tiempo el domicilio de la trabajadora. Lamentablemente residir y trabajar en el domicilio del empleador repercute notablemente en la movilidad y la autonomía personal del trabajador y puede influir en las decisiones relativas a su futuro, incluida la decisión de fundar una familia. Una de las consecuencias de esta situación es que al alcanzar la edad de la jubilación los trabajadores domésticos pueden no tener los hijos que les proporcionen un apoyo humano o financiero durante su vejez. En otros casos concurren a cuidar a los niños de sus empleadores aún a costa de abandonar a sus propias familias y no dedicarles el tiempo necesario.
- Realizan largas jornadas laborales sin respetar el mínimo establecido por ley, que a mediano o largo plazo repercute en su salud y seguridad.
- Se debe referir que lamentablemente las personas que realizan el trabajo doméstico en su mayoría tienen familiares que realizan trabajo doméstico, es decir este trabajo, se transmite en muchos casos de una generación a otra, conforme a la siguiente encuesta realizada en Lima, Cusco y Cajamarca⁽²¹⁾:

(19) Una característica del trabajo doméstico remunerado reside en que suele considerarse diferente de un empleo normal. Se suele pretender que los trabajadores domésticos son «como miembros de la familia» reemplazándola por una forma de paternalismo que podría justificar que se exija al empleado doméstico que trabaje más duro y durante más horas para un empleador «considerado», sin que medie una retribución material. *Conferencia Internacional del Trabajo 99*, reunión. 2010. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT

(20) SOBRINO HEREDIA, José Manuel. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo. Fundación BBVA, p. 183. Ver conocido caso Siliadin contra Francia.

(21) *Perú Invisible y sin derechos: Aproximación al perfil del trabajo infantil doméstico*. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Programa internacional para la erradicación del trabajo infantil – IPEC Proyecto subregional de prevención y eliminación del trabajo infantil. Lima. Noviembre 2002, p. 42

Antecedentes familiares de trabajo domestico



Fuente: OIT-IPEC. Encuesta a Familias de origen de las TID, en Lima, Cajamarca y Cusco. Octubre 2001

V. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR

Actualmente la situación laboral de muchas de estas mujeres –y niñas– no es la óptima, dado que, para algunos, esta es una labor subestimada. Las trabajadoras del hogar en el Perú laboran de 12 a 16 horas diarias y reciben un sueldo promedio de S/. 300, según el Ministerio de Trabajo⁽²²⁾, de acuerdo con la experta de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) María Bastidas, en algunos lugares del país estas mujeres son contratadas por S/.80 y S/. 100, pero en otros no reciben sueldo alguno, dado que la comida y el alojamiento son considerados una forma de pago.⁽²³⁾ Esta necesario tener en cuenta que esta situación se da sobre todo porque la mayoría de las personas que laboran en este tipo de trabajo son de Zonas rurales, dato que es confirmado por SINTRAHOGARP que señala que 90% de las domésticas de Lima viene de provincias.

(22) Cabe señalar que esta situación no solo se da en nuestro país, sino en otros países como por ejemplo en España donde “por horas semanales de trabajo, se aprecia que ni las empleadas internas ni las externas tienen una jornada de trabajo que podría asemejarse a una jornada laboral normal (40 horas semanales). Un 73,9% de las empleadas externas trabajan menos de 35 horas a la semana, lo que unido a los bajos salarios del sector, supone unos ingresos económicos muy bajos. En el otro extremo, se encuentran las interminables jornadas de trabajo de las empleadas internas. El 100% de las internas trabajan más de 40 horas a la semana. Esta diferencia de horas de trabajo supone un contraste de carga de trabajo entre empleadas internas y externas, y, desde otro punto de vista, entre extranjeras y españolas, dado que, como se verá, la práctica totalidad de las internas son extranjeras”. Francisco Javier Aroca Cifuentes (Coordinador). Observatorio Municipal de igual de oportunidades. <<http://www.albacete.es/portals/csolidaridad/ficheros/SITUACION%20ACTUAL%20DE%20LAS%20TRABAJADORAS%20DE%20HOGAR%20DE%20ALBACETE.pdf>>.

(23) <elcomercio.pe/noticia/458404/empleadas-hogar-ganan300-promedio_1>

Otro problema que presentan, es que reciben maltratos verbales como gritos e insultos, le reprochan su nacionalidad u origen racial y utilizando términos impropios. En el caso del Perú, y creo que no es una realidad ajena en otros países, todavía piensan que le hacen un favor a las trabajadoras del hogar, que bastante hacen ya con brindarles alojamiento, alimentación, propinas, ropa usada y, además, “trato familiar”. Esta manera de pensar está tan arraigada que pasará aún mucho tiempo para aceptar que quienes trabajan en servicio doméstico tienen necesidades y derechos como cualquier otro trabajador y que el buen trato y el respeto no son un favor sino una obligación entre los habitantes de una sociedad civilizada, esta manera de pensar parece propia de una época feudal.⁽²⁴⁾

En relación a la remuneración que perciben, según Marcelina Bautista Bautista, Secretaria General CONLACTRAHO: “Los empleadores pagan lo que quieren, creen que nos están haciendo un favor; no se trata de una verdadera relación de trabajo. Debemos de empezar a reconocer que las trabajadoras del hogar/domésticas deben ganar un salario decente”.⁽²⁵⁾

Por otro lado, algunas estadísticas mencionan que un tercio de todos los hogares del mundo tienen alguna forma de ayuda de una persona ajena (a la cual se debería pagar), en el caso de América Latina las trabajadoras del hogar/domésticas representan hasta un 60% de la migración interna y transfronteriza en América Latina, de la misma manera las mujeres inmigrantes provenientes de México y de otros países de América Latina representan la mayor parte de la mano de obra del trabajo del hogar/doméstico en Estados Unidos⁽²⁶⁾. De lo expuesto se puede concluir que hay un desplazamiento de las trabajadoras del hogar de su lugar de origen a zonas con mayor desarrollo.

En esta parte es menester señalar que en el Perú se prefiere contratar para realizar la labor de trabajo doméstico a las adolescentes (14 – 17 años), conforme a la siguiente encuesta realizada en Lima, Cusco y Cajamarca⁽²⁷⁾.

(24) Mendoza Orellano, Pilar. Ob. cit., p. 7

(25) ¡Protección para las Trabajadoras del Hogar/Domésticas! Informe de la conferencia internacional celebrada en Ámsterdam del 8 al 10 de noviembre de 2006. Agosto 2008. IRENE. <www.domesticworkerrights.org>.

(26) Protección para las trabajadoras del hogar. Informe de la conferencia internacional celebrada en Ámsterdam del 8 al 10 de noviembre del 2006, p. 19 <www.domesticworkerrights.org>.

(27) *Perú Invisible y sin derechos: Aproximación al perfil del trabajo infantil doméstico*. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Programa internacional para la erradicación del trabajo infantil – IPEC Proyecto subregional de prevención y eliminación del trabajo infantil. Lima. Noviembre 2002, p. 62

**Preferencia de las empleadoras respecto a la edad de las trabajadora infantil domésticas
(sólo empleadoras que otorgan remuneración)**

Grupos de edad	Lima		Cajamarca		Cuzco		Total	
	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°
Total	100.0%	21	100.0%	33	100.0%	14	100.0%	68
Menor de 13 años	0.0%		3.0%	1	14.3%	2	4.4%	3
De 14 a 17 años	47.6%	10	39.4%	13	42.9%	6	42.6%	29
De 18 a 25 años	23.8%	5	21.2%	7	28.6%	4	23.5%	16
Una chica de 26 y más años	9.5%	2	6.1%	2	14.3%	2	8.8%	6
Le da igual	19.0%	4	24.2%	8	0.0%		17.6%	12
No sabe/no responde	0.0%		6.1%	2	0.0%		2.9%	2

Fuente: OIT-IPEC. Encuestas a empleadoras de trabajadoras infantiles domésticas en Lima, Cajamarca y Cuzco. Octubre 2001

Finalmente, cabe resaltar que en relación al porcentaje existente de trabajadores domésticos en el mundo, no hay datos precisos ni comparables, debido al elevado porcentaje de trabajo doméstico no declarado, pero con seguridad se puede mencionar que “la información disponible demuestra que esta forma de empleo absorbe proporciones importantes y crecientes de mujeres”⁽²⁸⁾.

VI. LAS TRABAJADORAS DEL HOGAR Y EL CONVENIO DE LA OIT

El Consejo de Administración de la OIT en su 301ª Reunión (marzo de 2008), decidió inscribir en el orden del día de la 99.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (2010) un punto relativo al trabajo decente para los trabajadores domésticos a fin de que sea objeto de una doble discusión que desemboque en la posible adopción de un convenio complementado por una recomendación, es así que la Conferencia Internacional del Trabajo 99 reunión del año 2010 se denominó Trabajo decente para las trabajadoras domésticas, en base a ello actualmente está preparando una norma internacional para los trabajadores domésticos, de posible entrada en vigencia en 2011.

Anteriormente la OIT había señalado (“Organizarse en pos de la justicia social”, 92 Conferencia, 2004) que este colectivo es uno de los de “difícil sindicalización” por lo que explicita la indispensable vigencia de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Por lo tanto, esperemos que el Convenio una vez expuesto sea suscrito por el Perú, para así de alguna manera fomentar y apoyar el mejoramiento de las condiciones actuales de las trabajadoras del hogar.

VII. PROPUESTAS A TENER EN CUENTA

En el presente trabajo se ha evidenciado de alguna manera la situación que presentan las trabajadoras del hogar, en principio porque no tienen mínimos

(28) ¿A qué se refiere el término género? Material del Curso Género y Salud Laboral. Instituto Laboral Andino (ILA). 2010

establecidos, así como también porque no existe un cumplimiento a cabalidad de las normas existentes, por lo que a continuación señalamos algunas propuestas aplicables a nuestra realidad:

- La ley actual en el caso de las trabajadoras del hogar es “letra muerta”, por lo que es necesario poner énfasis en buscar una manera adecuada de lograr su cumplimiento. La Ley General de Inspección del Trabajo Ley N° 28806 en Artículo 4 inciso 5 dispone que en el caso de los trabajadores del hogar la inspección se ejercerá en los domicilios en los que presten los servicios, con las limitaciones a la facultad de entrada libre de los inspectores, cuando se trate del domicilio del empleador, por lo tanto hay una limitación expresa establecida en la citada norma, así como también en la Constitución Política como es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en ese sentido, se debería establecer una excepción para el caso de las trabajadoras del hogar, para que así los inspectores de trabajo tengan la facultad de verificar las condiciones en que se encuentran y el cumplimiento de las normas establecidas.⁽²⁹⁾
- Asimismo se debe plantear una forma de que no realicen extensas jornadas de trabajo, especialmente las trabajadoras que laboran en la modalidad de cama adentro.
- Respecto a las existentes agencias de colocación de las trabajadoras del hogar, deberían ser necesariamente objeto de supervisión, debido a que muchas veces estas son las que se encargan de aprovecharse de la situación en la que se encuentran estas trabajadores, cuando deberían hacer todo lo contrario, el gobierno podría implementar una reducción en los impuestos para aquellas agencias que acrediten estar contribuyendo, a que los derechos de estas trabajadoras se otorguen a cabalidad.⁽³⁰⁾
- Se debería establecer en la norma que estas trabajadoras en el caso que laboren bajo la modalidad de cama adentro deben tener derecho a una habitación, debido a que muchas veces no tienen un lugar establecido donde descansar ni tampoco un espacio de privacidad.
- Se debería implementar una modalidad de cómo poder hacer uso del derecho de negociación colectiva, derecho plenamente reconocido en nuestra Constitución Política, como por ejemplo por distritos.

(29) El Tribunal Supremo del Canadá resolvió que no había inconveniente en que se llevasen a cabo inspecciones aunque el lugar de trabajo fuese al propio tiempo un domicilio privado. *Conferencia Internacional del Trabajo 99, reunión. 2010*. Trabajo decente para las trabajadoras domésticas. Informe IV. OIT.

(30) En un estudio que la OIT encargó sobre prácticas nacionales se determinó que en Ghana las agencias de empleo no solo facilitan la conclusión de contratos formales entre empleadores y trabajadores domésticos, sino que también velan por que se cumplan las condiciones contractuales. Asimismo, las agencias facilitan el pago de los impuestos y procuran que los empleados que se contraten cumplan los requisitos de edad mínima. No obstante, existe un riesgo considerable de que se den prácticas fraudulentas; muchas agencias no tienen una licencia expedida con arreglo al Código del Trabajo, y algunas no funcionan como agencias propiamente dichas, sino como agentes individuales e intermediarios.

- Se debe resaltar que en el Artículo 27 otorga expresamente el derecho a todos los trabajadores adecuada protección contra el despido arbitrario, sin embargo la Ley 27986, norma que regula actualmente el régimen especial de las trabajadoras del hogar dispone en su Artículo 7: “que por la naturaleza de la confianza del trabajo, el empleador podrá separar del empleo al trabajador sin expresión de causa justa dándole un pre aviso de 15 días o pagándole una indemnización equivalente a la remuneración total de 15 días o pagándole una indemnización equivalente a la remuneración total de quince días si se prescindiera de este aviso” de lo expuesto se puede colegir que para las trabajadoras del hogar no existe expresamente una protección contra el despido arbitrario sino que aduce que basados en la confianza que existe entre las partes el empleador tiene total libertad, sin expresión de causa justa, extinguir el vínculo laboral, por lo tanto considero que la norma debe ser acorde con una norma de rango constitucional, y establecer el otorgamiento de una indemnización, en caso de despedir a una trabajadora del hogar sin expresión de causa justa.
- Establecer específicamente las tareas que deben desarrollar en el caso de que sean trabajadoras domésticas y así impedir que realicen múltiples y diferentes tareas diarias, por ejemplo se da el caso que las trabajadoras del hogar además de realizar las tareas del hogar deben realizar la función de un jardinero, de chofer incluso en algunas casos de un vigilante, todo ello amparado en la definición abierta que realiza la Ley N° 27986.

VIII. APRECIACIONES FINALES

La situación en la que se encuentran las trabajadoras del hogar no es propia de esta época ni es propio de nuestro país. Es por ello que considero que se debe revalorar la labor que realizan las trabajadoras del hogar, porque el trabajo que realizan las empleadas del hogar es tan igual y digno como cualquier otro, es por ello que el Estado debe reconocer al igual que otros trabajadores la percepción de una remuneración mínima vital y así también el cumplimiento de las normas establecidas, en ese sentido es necesario que cada uno de nosotros valoremos su trabajo en razón a que gracias a ellas tenemos la posibilidad de dejar a los hijos y el hogar a buen resguardo.

Asimismo no se debe negar que todavía persiste cierto menosprecio de la empleada del hogar como persona, esta opinión viene dada por diversos factores como pueden ser: la falta de estudios, la realización de una serie de tareas que no son valoradas, la baja remuneración, e incluso el carácter de servidumbre que tiene el trabajo que desempeñan. Es por ello que considero que es indispensable la capacitación para que ellas puedan desempeñarse mejor en su trabajo y finalmente es necesario formar una cultura en la sociedad para que observe con una mejor perspectiva la labor que realizan las trabajadoras del hogar.

¿LAS EMPRESAS CONTRATISTAS PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS DE TRABAJO DEL RÉGIMEN DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL?

Frank Espinoza Laureano^()*

En primer lugar, debo indicar que concuerdo con quienes sugieren que la contratación laboral bajo el régimen de exportación no tradicional debería ser derogada o por lo menos profundamente reformulada⁽¹⁾.

Sin embargo, hasta que ello ocurra, resultaría pertinente que se aclaren algunos aspectos del Decreto Ley N° 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, como los que veremos a continuación.

I. EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL

En la actualidad, señala Kouzmine⁽²⁾, existen múltiples interpretaciones del concepto de exportación no tradicional, las cuales no siempre resultan comparables entre sí. Sin embargo, en un inicio, las exportaciones no tradicionales se asociaban a los productos de exportación manufacturados cuyas ventas debían ser aumentadas de modo sustancial en cumplimiento de las políticas de comercio exterior de cada

(*) Agradezco la colaboración de Edwin Poquioma, Fernando Cuadros y Guillermo Sifuentes para la elaboración del presente artículo. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

(1) CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. “Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora en Perú”. En: <<http://www.comunidadandina.org/camtandinos/ola/Documentos/Doc/Art%C3%ADculoEfectosContratacionTemporalTextil-21-02-08.doc>> (página web revisada el 31 de agosto de 2010)>.

(2) KOUZMINE, Valentine. Exportaciones no tradicionales latinoamericanas. Un enfoque no tradicional. Santiago de Chile: CEPAL–ECLAC, 2000, pp. 7-8. En: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/4979/lcl1392e.pdf>> (página web revisada el 31 de agosto de 2010)>.

país. Posteriormente, se formaría la noción de que las exportaciones no tradicionales incluyen los productos básicos, es decir, las materias primas y los productos de sus primeros tratamientos (lo cual se encontraría representado principalmente por los rubros agroindustriales, forestales, minerales y pesqueros).

En el ámbito de la legislación nacional, el artículo 2 del Decreto Ley N° 22342 establece que la categoría de los bienes de exportación no tradicional comprende a *“todos aquellos no incluidos en la Lista de Exportación Tradicional aprobada mediante Decreto Supremo”*.

Por tal motivo, la determinación de los productos de exportación no tradicional dependerá de su no inclusión en la siguiente Lista de Productos de Exportación Tradicional (aprobada mediante el Decreto Supremo N° 076-92-EF):

LISTA DE PRODUCTOS DE EXPORTACIÓN TRADICIONAL	
PRODUCTOS AGROPECUARIOS	
PARTIDA ARANCELARIA	DESCRIPCIÓN
0901.00.00.00	Café sin descafeinar
0901.00.00.00	Café descafeinado
1211.90.10.00	Coca en hojas
1404.20.00.00	Linters de algodón
1701.00.00.00	Azúcar de caña en estado sólido
1703.00.00.00	Melaza incluso decoloradas
2939.90.20.00	Cocaína, sus sales y derivados
4101.00.00.00	Pielés y cuero en bruto sin curtir excepto encaladas y piqueladas
4102.00.00.00	
4103.00.00.00	
4110.00.00.00	Recortes y demás desperdicios de pieles y cueros naturales sin proceso adicional
5101.00.00.00	Lanas sin cardar ni peinar
5102.00.00.00	Pelos finos u ordinarios, sin cardar ni peinar (excepto pelos de conejo o liebre)
5103.00.00.00	Desperdicios de lana y de pelos (finos u ordinarios), con exclusión de las hilachas
5104.00.00.00	Hilachas de lana y de pelo (fino u ordinario) sin proceso adicional
5201.00.00.00	Algodón sin cardar ni peinar
5202.00.00.00	Desperdicios de algodón (incluidas las hilachas) sin cardar ni peinar
PRODUCTOS PESQUEROS	
PARTIDA ARANCELARIA	DESCRIPCIÓN
1504.20.10.00	Grasas y aceites de pescado en bruto
1504.20.20.10	Grasas y aceites de pescado, semi-refinado

IV Congreso Nacional - Cusco 2010

1504.30.10.00	Grasas y aceites de mamíferos marinos, en bruto
1504.30.20.00	Grasas y aceites de mamíferos marinos, semi-refinados
2301.20.10.10	Harina y polvo de pescado sin desgrasar
PETRÓLEO Y DERIVADOS	
PARTIDA ARANCELARIA	DESCRIPCIÓN
2709.00.00.00	Aceite crudo de petróleo
2710.00.11.00	Gasolina para motores, incluidas las gasolinas de aviación
2710.00.17.00	
2710.00.30.00	Espíritu de petróleo ("White Spirit")
2710.00.41.00	Queroseno, incluidos los carburantes tipo queroseno para reactores y turbinas
2710.00.47.00	
2710.00.50.00	Gasoils
2710.00.60.00	Fueloils
2710.00.71.00	Aceites lubricantes
2710.00.79.00	
2713.11.00.00	
2710.00.80.00	Grasas lubricantes
2711.12.00.00	Gas licuado de petróleo
2711.19.00.00	
2713.11.00.00	Coque de petróleo
2713.12.00.00	
2713.20.00.00	Asfalto líquido
3823.20.00.00	Ácidos nafténicos
PRODUCTOS MINEROS	
PARTIDA ARANCELARIA	DESCRIPCIÓN
2601.00.00.00	Minerales metalúrgicos, sin excepción, incluso enriquecidos; piritas de hierro tostadas (cenizas de piritas)
2617.00.00.00	
2620.00.00.00	Cenizas de residuos que contengan metal o compuesto metálico, excepto ferritas de zinc y escorias de cobre
2804.80.00.00	Arsénico
2804.50.00.10	Teluro refinado
2804.90.00.90	Selenio refinado, excepto selenio en polvo
7106.91.10.00	Plata refinada
7108.12.00.00	Oro refinado
7401.00.00.00	Cobre refinado, cobre electrolítico
7404.00.00.00	Cobre blíster, desperdicios y deshechos de cobre, excepto aleado
7801.10.00.00	Plomo sin aliar
7802.00.00.00	Desperdicios y deshechos de plomo
7901.11.00.00	Zinc electrolítico
7902.00.00.00	Desperdicios y deshechos de zinc

7108.12.00.00	Oro refinado
7401.00.00.00	Cobre refinado, cobre electrolítico
7404.00.00.00	Cobre blíster, desperdicios y desechos de cobre, excepto aleado
7801.10.00.00	Plomo sin alear
7802.00.00.00	Desperdicios y desechos de plomo
7901.11.00.00	Zinc electrolítico
7902.00.00.00	Desperdicios y desechos de zinc
8106.00.10.90	Bismuto refinado, excepto bismuto en agujas
8107.10.00.90	Cadmio refinado, excepto cadmio en bolsa
8112.40.10.00	Vanadio en bruto
8112.91.00.00	Indio refinado

II. EXPORTACIÓN DIRECTA O POR INTERMEDIO DE TERCEROS.

Según el artículo 7 del Decreto Ley N° 22342, se considera como empresa industrial de exportación no tradicional, “a la que exporte directamente o por intermedio de terceros, el 40% del valor de su producción anual efectivamente vendida”.

Muchas veces, este dispositivo ha sido interpretado en el sentido que las empresas de tercerización se encuentran facultadas para celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional. Los defensores de esta posición, señalan que los contratistas estarían realizando la exportación de productos no tradicionales a través de las empresas industriales de exportación no tradicional.

De modo que resulta imperativo establecer el significado de la exportación “*por intermedio de terceros*” a la que se refiere el artículo 7 del Decreto Ley N° 22342.

Para tal fin, es particularmente esclarecedor el numeral 12 de la Guía Práctica del Exportador, elaborada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR)⁽³⁾, en el que se reconoce la existencia de dos formas de exportación (directa e indirecta):

“12. ¿De qué formas se puede exportar?”

Existen dos formas de exportar: indirecta y directa. En la exportación indirecta, existe un operador que se encarga de alguna o todas las actividades vinculadas a la exportación, asumiendo la responsabilidad de la misma. En

(3) MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. El ABC del Comercio Exterior. Guía Práctica del Exportador. Volumen III. Lima: MINCETUR, 2009, p. 17-18. En: <http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/GUIA_DEL_EXPORTADOR.pdf> (página web revisada el 31 de agosto de 2010). Si bien este documento que, si bien no constituye una fuente de derecho, puede ser utilizado como una referencia

la exportación directa, el exportador peruano trata directamente con el cliente extranjero.

La decisión sobre la forma de exportar que debe emplear una empresa dependerá del nivel de riesgo y las oportunidades que ofrece el mercado, así como de los recursos con los que cuenta la empresa. Al inicio, las empresas procuran asumir los menores riesgos posibles (exportación indirecta), aumentando su compromiso a medida que van ganando experiencia (exportación directa).

- **Exportación indirecta**

La exportación indirecta es utilizada por aquellas empresas que no tienen mucha experiencia o bien están al inicio de realizar transacciones en los mercados internacionales. Algunas formas son:

A través de la venta a clientes nacionales, que luego exportan el producto. Es como vender a cualquier otro cliente nacional. En esta situación, es otro el que decide qué producto puede ser vendido en un mercado extranjero, asumiendo las tareas de investigación de mercados y la gestión de la exportación.

Esta es una forma interesante de comenzar a colocar los productos propios en el extranjero.

Es importante destacar que el productor puede luego encontrar la oportunidad de exportar directamente

A través de intermediarios. En este caso la empresa exporta, por ejemplo, a través de una sociedad intermediaria “trading” (Compañía de Comercialización Internacional) que busca los compradores en los mercados extranjeros.

Esta forma de exportar es utilizada por pequeñas empresas que no se sienten en condiciones de comprometerse con la exportación directa; o bien por empresas que ya exportan, pero que eligen la vía del intermediario para ingresar a nuevos mercados.

La principal ventaja de la exportación indirecta, para una pequeña o mediana empresa, es que esta es una manera de acceder a los mercados internacionales sin tener que enfrentar la complejidad de la exportación directa.

- **Exportación directa**

Es la modalidad más ambiciosa, donde el exportador debe administrar todo el proceso de exportación, desde la identificación del mercado hasta el cobro de lo vendido.

Las ventajas de una exportación directa son: mayor control ejercido sobre todo el proceso de exportación, potencialmente mayores ganancias, relación directa con los mercados y con los clientes.

- **Agentes.** El agente es un “tomador de órdenes de compra”. Presenta las muestras, entrega documentación, transmite las órdenes de compra, pero él mismo no compra mercadería. En general, el agente trabaja “a comisión”, no asume la propiedad de los productos, no asume ninguna responsabilidad frente al comprador y posee la representación de diversas líneas de productos complementarios que no compiten entre ellos. Opera bajo un contrato a tiempo determinado, renovable según resultados, el cual debe definir territorio, términos de venta, método de compensación, causas y procedimientos de anulación del contrato, etc. El agente puede operar con o sin exclusividad.
- **Distribuidores.** El distribuidor es un comerciante extranjero que compra los productos al exportador peruano y los vende en el mercado donde opera. Es regla general que el distribuidor mantenga un stock suficiente de productos y que se haga cargo de los servicios pre y posventa, liberando al productor de tales actividades.
- **Minoristas.** El importante crecimiento comercial de las grandes cadenas minoristas ha creado excelentes oportunidades para este tipo de venta. El exportador contacta directamente a los responsables de compras de dichas cadenas.
- **Venta directa a consumidores finales.** Una empresa puede vender sus productos directamente a consumidores finales de otros países. Este es un método utilizado más bien por grandes empresas”.

En consecuencia, estamos en condiciones de sostener que la referencia del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 (Ley de promoción de exportaciones no tradicionales) a la “*exportación directa o por intermedio de terceros*” puede ser entendida como una alusión a la exportación directa e indirecta a la que hace mención la Guía Práctica del Exportador.

Así, quedan comprendidas dentro del ámbito del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, situaciones como las de exportación a través de agentes, intermediarios o distribuidores, por citar algunos ejemplos.

Además, hay que tener en cuenta que el objeto de una empresa industrial de exportación no tradicional es exportar, del mismo modo que el objeto de sus contratistas o proveedores es prestarles servicios o suministrarles insumos a aquellas, respectivamente.

Por lo tanto, se puede concluir que las empresas industriales de exportación no tradicional realizan actividades de exportación a través de ciertos contratistas,

como pueden ser los agentes, distribuidores, etc. Lo que no cabría sostener es lo contrario, es decir, que las empresas contratistas o proveedoras realizan actividades de “exportación” a través de las empresas industriales de exportación no tradicional.

De modo que las únicas empresas que pueden celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional vienen a ser las empresas industriales de exportación no tradicional, y no sus contratistas ni sus proveedores.

III. TERCERIZACIÓN Y PROVISIÓN DE INSUMOS A LAS EMPRESAS DEL SECTOR DE LAS CONFECCIONES.

El artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 establece que:

“**Artículo 32.-** Las empresas a que se refiere el artículo 7 del presente Decreto Ley, podrán contratar personal eventual, en el número que requieran, dentro del régimen establecido por Decreto Ley 18138, para atender operaciones de producción para exportación en las condiciones que se señalan a continuación:

a. La contratación dependerá de:

(1) Contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina.

(2) Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación; [(...)”

b. Los contratos se celebrarán para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario, observándose lo dispuesto en el presente artículo;

c. En cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine, y

d. El contrato deberá constar por escrito y será presentado a la autoridad administrativa de trabajo, para su aprobación dentro de sesenta (60) días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento, se tendrá por aprobado”.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM (que declara de preferente interés nacional la exportación de confecciones fundamentalmente elaboradas con algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca), señala lo siguiente:

“**Artículo 4.-** A las empresas industriales que provean insumos a la industria de exportación de confecciones fundamentalmente de algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca, o que intervenga en la elaboración de dichas confecciones aportando valor agregado a través de un proceso manufacturero, le serán de aplicación para el cumplimiento de los contratos que tengan celebrados con las empresas de exportación de confecciones los beneficios señalados en los artículos 16 y 32 del Decreto Ley 22342 [(...)], sus ampliatorias,

modificatorias y conexas, sin perjuicio de los otros beneficios que pudieran corresponderles con arreglo a su actividad.

Para el goce de estos beneficios, bastará la sola presentación ante las autoridades competentes de los contratos que amparen el aprovisionamiento de insumos o la prestación de servicios a las empresas de exportación de confecciones fundamentalmente elaboradas con algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca”.

Posteriormente, mediante el artículo 372 de la Ley N° 24977, Ley del Presupuesto de los Organismos del Sector Público para el año 1989, se dio fuerza de ley al Decreto Supremo N° 019-88-PCM.

En base a estas normas, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI emitió la Resolución N° 0170-2010/CEB-INDECOPI, de fecha 21 de julio de 2010, en la que declaró como barrera burocrática ilegal la exigencia efectuada por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que cuatro empresas tercerizadoras de servicios de confecciones cumplan con los requisitos previstos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 para la contratación de personal eventual.

En el referido caso, las empresas contratistas alegaron que:

- (i) El MTPE en ejercicio de su labor fiscalizadora les venía aplicando multas por la supuesta infracción de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, y asimismo les exigía el cumplimiento de los requisitos que dicho dispositivo legal establece para efectos de proceder al registro de sus contratos temporales de trabajo.
- (ii) A sus empresas les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM que les otorga los beneficios contemplados en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, debiendo cumplir con diferentes requisitos a los señalados en el citado decreto ley.
- (iii) Las cuatro empresas contratistas suscribieron contratos con una empresa industrial de exportación no tradicional, con el propósito de brindarle servicios relacionados a la confección de prendas de vestir destinadas a su posterior exportación. Dicha empresa exportadora es reconocida por el MTPE y se encuentra acogida al régimen de contratación laboral previsto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342.
- (iv) Lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 está referido a diversos requisitos que se le exigen al exportador directo para que pueda acogerse al beneficio de contratación laboral temporal de sus trabajadores, más no así a las empresas que como ellas elaboran confecciones para las empresas exportadoras.

- (v) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM, para el caso de las contratistas bastaría con la sola presentación ante el MTPE de los contratos que amparen la prestación de servicios a las empresas de exportación de confecciones.
- (vi) No obstante ello, el MTPE les venía exigiendo el cumplimiento de requisitos a los que no estaban obligados, como son las órdenes de compra de los clientes a los que está dirigida la exportación de prendas textiles establecido en el artículo 32 del Decreto Ley N° 22342.
- (vii) El beneficio en la contratación laboral temporal establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM, les permite a las cuatro empresas contratistas permanecer en el mercado de manera más ágil y eficiente. Carecer de dicho beneficio, encarece sus costos laborales y les afecta su permanencia en el mercado.

A propósito de la Resolución N° 0170-2010/CEB-INDECOPI, resulta pertinente efectuar dos comentarios.

En primer lugar, la extensión del régimen de exportación no tradicional a las empresas tercerizadoras de servicios de confección que fuera efectuada a través del artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM (elevado al rango legal por parte de la Ley N° 24977) confirma el criterio según el cual los contratistas se encuentran excluidos, en principio, de los beneficios otorgados por parte del Decreto Ley N° 22342. La razón de ello, es una interpretación “*contrario sensu*”: si los contratistas hubiesen estado comprendidos en el ámbito del régimen de exportación no tradicional desde un inicio, no hubiese hecho falta la inclusión de las empresas tercerizadoras de servicios de confección mediante norma expresa.

En segundo lugar, debo manifestar mi discrepancia con el fallo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, por las siguientes razones que sustentó en una interpretación sistemática del propio Decreto Supremo N° 019-88-PCM:

- a) La regulación de las empresas industriales de exportación de confecciones y de las empresas tercerizadoras de servicios de confecciones, no es conjunta sino paralela.

En efecto, el artículo 2 de la norma en mención establece que el régimen promocional comprende a “*las industrias que produzcan confecciones fundamentalmente elaboradas con algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca; que utilicen materias primas y/o insumos importados que no excedan del 15% del total de sus exportaciones anuales; que exporten anualmente cuando menos el 60% del total de su producción efectivamente vendida, bien fuere en forma directa o por intermedio de terceros; y que además capitalicen cuando menos el 60% de sus utilidades anuales para uno o más de los siguientes propósitos:*

- a) *Ampliar o modernizar su capacidad productiva y/o incrementar su capital de trabajo;*
- b) *Invertir en otras empresas de confecciones que se acogan al presente régimen; y*
- c) *Invertir en empresas industriales o de servicios complementarias al giro de sus actividades productivas, con el fin de consolidar y/o incrementar sus exportaciones de confecciones. [...]*”

Por su parte, las empresas contratistas se encuentran reguladas de manera claramente diferenciada en los artículos 4 (ya mencionado antes) y 17, según el cual:

“**Artículo 17.-** El Instituto de Comercio Exterior llevará un registro de las industrias de exportación de confecciones fundamentalmente de algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca que se acogen al presente régimen; así como de las empresas a que se refiere el artículo 4 del presente Decreto Supremo. [...]

- b) El artículo 1 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM estableció que el régimen de promoción de la exportación de confecciones fundamentalmente elaboradas con algodón, lana de ovino o pelo fino de alpaca (al que pertenecen las empresas industriales de exportación de confecciones) estaría vigente únicamente hasta el 31 de diciembre de 1997.

Igualmente, el artículo 3 señala que *“las empresas industriales de exportación a que se refiere el presente dispositivo, gozarán cuando menos hasta el 31 de Diciembre de 1997 de todos los incentivos y beneficios establecidos en las normas vigentes de Promoción a las Exportaciones No Tradicionales y expresamente en los artículos 14, 16, 24, 25, 27, 31 y 32 del Decreto Ley 22342 y en el Decreto Legislativo 291, sus ampliatorias, modificatorias y conexas [...]*”.

Se entiende que el plazo de vigencia es el mismo para el ejercicio de las facilidades que les son otorgadas a las empresas contratistas y proveedoras (a través del artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM), puesto que no se fija expresamente un plazo menor para aquellas, y no tendría sentido que el plazo fuese mayor respecto del que fue otorgado para las empresas industriales de exportación de confecciones.

- c) Cabe anotar, que la vigencia del artículo 3 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM (referido a las empresas industriales de exportación de confecciones) fue prorrogada por el Decreto Legislativo N° 617. Asimismo, los Decretos Legislativos N° 656 y 666 precisaron que el dispositivo en mención mantiene su vigencia.

Por el contrario, el artículo 4 (referido a las empresas contratistas y proveedoras) no ha sido prorrogado de manera expresa por ninguna norma.

- d) El artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 constituye una norma excepcional, en tanto le permite a las empresas industriales de exportación no tradicional la contratación laboral temporal incausada. En ese sentido, se puede afirmar que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM viene a ser una norma doblemente excepcional, puesto que la misma incorpora a las empresas tercerizadoras de servicios de confecciones dentro del ámbito del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342.

Por lo tanto, aplicando el criterio según el cual las normas que establecen excepciones o restringen derechos deben ser interpretadas de forma restrictiva⁽⁴⁾, somos de la opinión que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 1997, no siendo aplicable en la actualidad, dado que el mismo no ha sido prorrogado de manera expresa (como es el caso del artículo 3 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM).

Ello supone que, en la actualidad, las empresas tercerizadoras de servicios de confecciones no se encuentran facultadas a celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional.

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Son considerados como bienes de exportación no tradicional, todos aquellos que no se encuentran incluidos en la Lista de Productos de Exportación Tradicional (aprobada mediante el Decreto Supremo N° 076-92-EF).
2. La referencia del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, a la “exportación directa o por intermedio de terceros” puede ser entendida como una alusión a la exportación directa e indirecta a la que hace mención la Guía Práctica del Exportador (documento que, si bien no constituye una fuente de derecho, puede ser utilizado como una referencia).
3. En ese sentido, quedan comprendidas dentro del ámbito del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342, situaciones como las de exportación a través de agentes, intermediarios o distribuidores, por citar algunos ejemplos.
4. El objeto de una empresa industrial de exportación no tradicional es exportar, del mismo modo que el objeto de sus contratistas o proveedores es prestarles servicios o suministrarles insumos a aquellas, respectivamente. Así, se

(4) Principio recogido en el numeral 9) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil.

puede afirmar que las empresas industriales de exportación no tradicional realizan actividades de exportación a través de ciertos contratistas (agentes, distribuidores, etc). Lo que no cabría sostener es lo contrario, es decir, que las empresas contratistas o proveedoras realizan actividades de “exportación” a través de las empresas industriales de exportación no tradicional.

5. De modo que las únicas empresas que pueden celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional vienen a ser las empresas industriales de exportación no tradicional, y no sus contratistas ni sus proveedores.
6. El artículo 32 del Decreto Ley N° 22342 constituye una norma excepcional, en tanto le permite a las empresas industriales de exportación no tradicional la contratación laboral temporal incausada.
7. Asimismo, se puede afirmar que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM viene a ser una norma doblemente excepcional, puesto que la misma incluye a las empresas tercerizadoras de servicios de confecciones dentro del ámbito del artículo 32 del Decreto Ley N° 22342.
8. Aplicando el criterio según el cual las normas que establecen excepciones o restringen derechos deben ser interpretadas de forma restrictiva, somos de la opinión que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 1997, no siendo aplicable en la actualidad, dado que el mismo no ha sido prorrogado de manera expresa (como es el caso del artículo 3 del Decreto Supremo N° 019-88-PCM).
9. Por lo tanto, las empresas tercerizadoras de servicios de confecciones no se encuentran facultadas a celebrar contratos de trabajo del régimen de exportación no tradicional en la actualidad.

CONTRATO ESPECIAL AGRARIO: PRECISIONES NECESARIAS PARA REINSISTIR EN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 7.2 DE LA LEY 27360 Y PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS EN LA CONTRATACION, PRESTACIONES, DESCANSOS Y CONTRAPRESTACION DE SERVICIOS

Orlando González Nieves^()*

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de trabajo en la agricultura han sido regulados desde hace varios decenios en el Perú, aunque sea de manera asistemática, confusa y hasta sectorizada, ya que en puridad no hemos tenido una ley específica sobre contratos agrarios hasta que se promulgó la Ley 27360; pero al margen de algunas particularidades, sus grandes temas sobre contratos, jornada, remuneraciones, beneficios sociales y otros estaban previstos dentro de las leyes que rigen el régimen laboral de la actividad privada. En 1978 apareció el Decreto Ley 22342, sobre contratatos de trabajo en las empresas de exportación no tradicional que alteró todo el entorno y, a pesar de ser obsoleto y vetusto, continúa en vigencia hasta la actualidad, incluso llamado en su auxilio por el Decreto Legislativo N° 728, de noviembre de 1991(ahora contenido en su T.U.O., D.S. N° 003-97-TR), de manera que coexisten aquellos con los contratos sujetos a modalidad (dentro de ellos varios vinculados con la temporalidad y la intermitencia) generando confusión e incertidumbre jurídica. La Ley

(*) Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor de las Escuelas de Postgrado en algunas Universidades públicas y privadas de la zona norte del país.

27360 pretende regular todo el sector agrario, incluida la agroindustria, pero eso ocasiona también una serie de problemas porque nuestro país es sumamente diverso en costa, sierra y selva, y aún al interior de dichas franjas geográficas. Dicha ley tiene variados contenidos y el contrato agrario puede estudiarse desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho individual y colectivo del trabajo o del derecho de la seguridad social, entre otras materias, pero nuestro objetivo en esta entrega es presentar solo algunas reflexiones y señalar algunos problemas en los rubros abordados en el título.

II. VISIÓN PANORÁMICA DE LA AGRICULTURA Y AGROINDUSTRIA PARA LA EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL EN EL PERÚ

Según el Censo de Población y Vivienda 2007⁽¹⁾ la PET estaba compuesta por 19,646,652 habitantes, la PEA por 10,637,880 y la PEA Ocupada por 10,163,614, De esta última, integraban la PEA Ocupada urbana 8,128,649 y la rural 2,034,965.

Según información más reciente del INEI y otros organismos oficiales⁽²⁾, en el 2009 la población total peruana fue de 29,461,933 habitantes (La PET está compuesta por 21,526,104, la PEA por 16,950,983 y la PEA Ocupada por 16,316,129 personas).

La PEA Ocupada del 2009 presenta las siguientes particularidades importantes para poder visualizar globalmente el tema en estudio, así como para situarlo y poder interpretar mejor la relación entre lo jurídico laboral y la realidad concreta:

- a. Por sectores económicos se estratifica en: sector primario: 28,0 %, sector secundario: 15,4 % y sector terciario: 51,5 %.
- b. Según categoría de ocupación se clasifica en. Asalariados: 46,0 %; independientes: 34,7 %; trabajo familiar no remunerado (TFNR): 13,7 % y patronos o empleadores: 5,6 %.
- c. Según la estructura del mercado se distribuye en: Sector público: 7.9 %; Sector privado: 36.7 %; independientes: 36.5 %; TFNR: 15.0 % y resto: 4.0 %
- d. Por grupos ocupacionales los agricultores, ganaderos y pescadores constituyen el 32.2 % del total, y por rama de actividad son el 32.5 %.
- e. El ingreso promedio mensual de la PEA Ocupada, en el año de referencia, en nuevos soles según la estructura del mercado es: el total: S/ 910; en el Sector Público: S/. 1,594; en el Sector privado: S/. 1,193 (promedio que resulta de lo siguiente: de 2 a 9 trabajadores: S/. 812; de 10 a 49: S/. 1,222; y de 50

(1) <www.inei.gob.pe/Anexos/libro.pdf> (29.08.10).

(2) <www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadísticas>, <www.inei.gob.pe/peruencifras>, <www.mef.gob.pe>, <www.minag.gob.pe> (20.08.10).

- a más trabajadores: S/. 1,948); entre los independientes: S/. 526; y, el resto: S/. 482.
- f. El ingreso promedio mensual de la PEA ocupada en dicho año, según grupos ocupacionales, fue de S/. 445 para la agricultura, ganadería y pesca (de un promedio de S/. 910 mensuales); mientras que por rama de actividad económica para la agricultura, ganadería, selvicultura y pesca fue de S/. 410.9.
 - g. La línea de pobreza, como indicador socio-económico y estadístico en el Perú y medidor de la canasta per cápita mensual, para el 2009 arroja las siguientes cifras, según la Encuesta Nacional de Hogares: quienes están en la línea de pobreza total en la costa urbana perciben S/. 256.9 mensuales, mientras que en la costa rural perciben S/. 210.8, a su vez, en la línea de pobreza extrema en la costa urbana perciben S/. 141.1 de ingreso mensual, y en la costa rural perciben S/. 130.8. Con tan preocupantes datos para la costa, preferimos hacer mutis frente a los datos que corresponden a la sierra y selva urbana y rural. Según rama de actividad, en dicho año, en el sector agricultura, pesca y minería eran pobres el 61,4 %, pobres extremos el 81,2 %, pobres no extremos el 51,9 % y no pobres el 21,0 % de sus respectivos totales parciales.
 - h. En base a la información precedente resulta más fácil comprender que en la generación del Producto Bruto Interno (PBI) nacional, correspondiente a los años 2007, 2008 y 2009, que fue de 8,9, 9,8 y 0,9, respectivamente, el sector agricultura solo tuvo una participación anual aproximada cercana al 9 % de los totales precedentes.

Resumiendo y antes de pasar a temas conexos, de lo dicho hasta aquí se pueden hacer los siguientes preliminares comentarios globales: Los trabajadores de la agricultura están ubicados en el sector primario y los de la agroindustria en el sector secundario de la economía; a pesar de que entre ambos grupos constituyen más de un tercio de la PEA ocupada. En el primero son en su mayoría trabajadores independientes y sus ingresos promedio no llegan ni siquiera a cubrir la remuneración mínima vital vigente (S/: 550 mensuales), al punto que las líneas de pobreza y extrema pobreza en el sector sobrepasan los dos tercios del total, por eso es que su contribución a la generación del PBI es endeble. En el segundo, si bien los trabajadores de la agroindustria están algo mejor en las estadísticas, no dejan de participar dentro de la información global precedente.

Entrando más específicamente a la información agraria que es importante para poder continuar con nuestro análisis jurídico, ya que creemos sin ápice de duda que las fuentes materiales determinan a las fuentes formales del derecho, nos permitimos resaltar los siguientes datos en relación con la agricultura en general:

- a. El Perú es uno de los 12 países considerados como megadiversos, con un total de 83 zonas de vida sobre un total de 104 que existen en el planeta. De los 7,6 millones de has con vocación agrícola, solo 5 millones están en uso y apenas 1.7 está bajo riego. El 95 % de la superficie agrícola está compuesta

por unidades agrícolas menores a 10 hás, siendo la unidad promedio de 3.1 hás.⁽³⁾

- b. Del total de exportaciones peruanas a junio del 2010, tradicionales y no tradicionales, correspondieron a la minería el 60.8 %, a la manufactura el 19.6 %, a la pesca el 9.2 %, a petróleo y derivados el 7.2 % y a productos agrícolas el 2.4 %. El Perú ha exportado durante el 2009 633 millones de dólares en productos de exportación tradicional y 380 millones de dólares en productos de exportación no tradicional
- c. De la producción agropecuaria a junio del 2010⁽⁴⁾, según la estadística oficial, tomada como 100 %, le correspondió al subsector agrícola una ponderación de 57,72 % y al sector pecuario 42,28 %. La superficie cosechada según los principales cultivos en el 2009 fue para el arroz cáscara, café, caña de azúcar y espárrago de 403,8, 342,6, 76,6 y 29,5 miles de hectáreas, respectivamente.
- d. El valor bruto de la producción agropecuaria (VBPA) en el 2008 fue de 18,854 millones de soles, y el valor de las exportaciones agrarias fue en dicho año de 2,795 millones de U\$S FOB. De esta última cifra le correspondió al subsector agrícola el 60.1 %, siendo la composición porcentual del VBPA de 5.3 % para el arroz cáscara, 4.7 % para el café, 3.4 % para la caña de azúcar y 2.1 % para el espárrago.

Por último, para terminar con el contenido del presente subtítulo, de la revisión prolija del Anuario Estadístico 2008⁽⁵⁾ del MTPE nos parece interesante resaltar, en síntesis, la siguiente información:

- i. El promedio de trabajadores de todas las empresas del sector privado por categoría ocupacional son de 2,169,404, de estos corresponden a la categoría ocupacional de agricultura, ganadería, caza y selvicultura 150,802 (considerando todas las categorías ocupacionales, esto es: ejecutivos, empleados, obreros y otros), y corresponden a La Libertad 98,721 trabajadores.
- ii. Entre los 150,802 trabajadores del sector agricultura y otros, se dan las siguientes principales clases de contratos de trabajo: 38,047 tienen contratos indeterminados, 2,159 tienen contrato a tiempo parcial, 100,606 tienen contratos sujetos a modalidad y 532 tienen contratos de exportación no tradicional. En La Libertad, los 98,721 trabajadores tienen principalmente estas clases de contratos: 35,702 con contratos indeterminados, 4,844 con contratos a tiempo parcial, 46,728 con contratos sujetos a modalidad y 8,129 con contratos de exportación no tradicional.

(3) DIRECCIÓN NACIONAL DE PROMOCIÓN DEL EMPLEO Y FORMACIÓN PROFESIONAL: “Potencial productivo y demanda de trabajo”. En: *Soluciones Laborales*, N° 27, marzo 2010, pp. 12-125.

(4) <www.produce.gob.pe> (22.08.10)

(5) <www.mintra.gob.pe> (17.08.10)

- iii. El promedio de remuneraciones en las empresas de más de 500 trabajadores por rama de actividad económica y categoría ocupacional es la siguiente: en la rama agricultura, ganadería, caza y selvicultura los ejecutivos ganan S/. 6,482 mensuales, los empleados S/. 1,968, los obreros S/. 733 y otros S/. 831 mensuales. En La Libertad, en el mismo tipo de empresas, los ejecutivos, empleados, obreros y otros perciben S/. 5,890, 2,185, 984 y 958, respectivamente
- iv. Del total de contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos en La Libertad en el 2008, los principales son: 65,414 temporales y 34,885 de obra o servicio.

En relación a la **estacionalidad de los cultivos de nuestros principales productos de exportación tradicional** hay que tener en cuenta lo siguiente:

- i. El arroz tiene como principales zonas productoras a Lambayeque, La Libertad y San Martín, representando entre todos ellos el 52 % de la producción nacional; sin embargo, también lo producen en menor escala otros 14 departamentos. A nivel del país se siembra y se cosecha todo el año, pero en los valles costeros y en la sierra tiene sus épocas marcadas, de modo que el 65 % de la campaña se realiza entre diciembre y marzo de cada año.
- ii. El café se produce en 15 departamentos del Perú, siendo los principales productores Cusco y Junín con 20 % cada uno, seguidos de Cajamarca, San Martín y Amazonas con 17.3 %, 16.4 % y 13.4 %. El 95 % de la producción está destinada a la exportación (significa aproximadamente el 30 % de las divisas del sector agropecuario), genera 43 millones de jornales al año y su estacionalidad está influenciada por factores climáticos (heladas y sequías) y fitosanitarios (la plaga de la roya). La productividad lograda es baja (en el 2001 se producía solo 15 quintales o 46 kg. por Há), no solo porque muy pocos productores (2 %) emplea tecnología de punta, sino porque el 92.5 % de la superficie cafetalera se desarrolla en pequeñas y medianas parcelas, el medio ambiente es difícil y el escenario ecológico sumamente sensible, las zonas de cultivo son de difícil acceso porque se ubican en la selva alta y los andes tropicales, con topografías accidentadas y pendientes elevadas, escasez de infraestructura vial y de capacidad de gestión empresarial.
- iii. La caña de azúcar es un cultivo permanente, no tiene estacionalidad definida, por lo tanto se siembra y se cosecha todo el año cubriendo el 2.4 % del empleo. En la práctica ya no constituye un producto de exportación y cada vez más sus áreas de cultivo se siguen reduciendo, por lo que en la actualidad solo llegan a 60,000 há.
- iv. El algodón es un producto claramente estacional, pero está disminuyendo aceleradamente su producción, sobre todo por la gran competencia tecnológica presente en los rubros de confecciones y similares. Su exportación en el 2009 solo llegó a los 2.69 millones de U\$S FOB.

III. UNA MIRADA DESDE LA COSTA NORTE DEL PERÚ, A PROPÓSITO DEL PRODUCTO ESTRELLA DE LA AGROEXPORTACIÓN: LA AGROINDUSTRIA ESPARRAGUERA

La producción mundial de espárragos ha tenido un crecimiento anual sostenido de 8 % durante los últimos 10 años, pasando de 4.5 millones de toneladas en el 2000 a 6.67 millones en el 2005, obteniendo un incremento de 45.6 % originado por el crecimiento sobre todo de la demanda europea.

El primer país productor de espárragos en el mundo es China, pero lo usa para abastecer fundamentalmente su mercado interno. El segundo es el Perú, pero a nivel de exportaciones no tradicionales somos el primer país exportador de espárragos verdes y segundo de espárragos blancos en el mundo (nuestro consumo interno apenas es del 5 %). Hemos superado a EE.UU., Tailandia y otros países⁽⁶⁾.

En el nivel interno, el sector agroexportador genera al país 846,6 millones de dólares, que se concentran en 4 rubros importantes, desde el 2003 el espárrago se ha convertido en el producto agrícola con mayor valor de exportación (206,69 millones de dólares USA), desplazando al café y representando el 24,41 % del total de las agroexportaciones peruanas, generando el 1.5 % del empleo (alrededor de 50,000 puestos de trabajo) y 2.5 millones de jornales. Los valles de La Libertad e Ica poseen el mayor porcentaje de producción de espárragos en el Perú.

Hay 3 clases de espárrago: el verde, que es de temporadas muy cortas; el blanco, de mayor volumen y grosor, destinado al procesamiento (enlatado, congelado, deshidratado y encurtido), y el morado, que se dice es muy apreciado en Italia.

Según el INEI la superficie cosechada por principales cultivos va en ascenso permanente para los espárragos, habiéndose cosechado 20,0, 23,5, 29,8 y 29,5 miles de hectáreas el 2006, 2007, 2008 y 2009, respectivamente. Nuestra producción se sigue incrementando: de 169,000 T.M. en el 2000 pasamos a 283,473 TM en el 2007 (68 % de crecimiento porcentual). El total de exportaciones de espárragos ha pasado en los últimos 5 años de 160 millones a 420 millones de dólares FOB (mayor porcentaje de ingresos por espárragos frescos: 56 %, conservas: 37 %, y congelados: 7 %). Nuestra productividad es envidiable para los países foráneos, el rendimiento promedio nacional es el más alto a nivel mundial, es que el Perú cuenta con una posición geográfica y climática que son ideales para este tipo de producción en la costa, lo cual permite un abastecimiento sostenido durante todo el tiempo, obteniendo dos cosechas por año con rentabilidades muy atractivas. Los rendimientos mundiales de espárragos en TM por hectárea son los siguientes: Perú: 12.22, China: 5.04, Chile: 4.53, EE.UU.: 4.50.

(6) Para toda la información de este subtítulo se puede consultar las páginas web precitadas, así como <www.infoagro.com/hortalizas/esparrago_verde> y <www.agrobanco.com.pe> (16.08.10)

En cuanto a la estacionalidad de la producción, comparando datos internacionales⁽⁷⁾ se tiene que durante el año China produce espárragos 10 meses, EE.UU. 9.5, Thailandia 12, Canadá 2, Argentina 5, Chile y Ecuador 6, México 9, los países productores europeos, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Alemania solo producen de enero a junio, 6, 4, 6, 5, 4 y 2 meses por año, respectivamente. Sin embargo, el Perú está en una situación totalmente diferente, produce todo el año, con una precisión: en La Libertad hay alta productividad de enero a abril, pero con una baja calidad del cultivo, incrementándose el porcentaje de descarte, mientras que de mayo a setiembre la calidad es mayor pero con menor productividad. Los mejores meses de cosechas son de octubre a diciembre, lo que nos viene bien porque es la época en que los europeos no producen.

Los precios en chacra ya eran desde el 2007 de S/. 2.97 por kilo de espárrago fresco, y S/. 8.76 por kilo de espárrago en conserva. Los precios internacionales oscilan entre S/. 7.28 o US\$ 4.75 precio FOB. Sin embargo, las ganancias deben ser espléndidas porque las empresas exportan aproximadamente entre 20 a 12 millones de dólares USA por año, siendo las principales cuotas porcentuales decrecientes de participación en el mercado en relación al total de exportaciones en millones de dólares las siguientes: 1.- Camposol (Trujillo): 0.12 %; 2.- Sociedad Agrícola Virú (Trujillo): 0.11 %; 3.- Sociedad Agrícola Drokasa (Ica): 0.09 %; 4.- Danper Trujillo SAC (Trujillo): 0.07 %; y, más abajo en la lista aparece Green Perú (Trujillo): 0.04 %.

En relación al funcionamiento del Derecho Individual y Colectivo del Trabajo en las empresas esparragueras más importantes de Trujillo son de destacar dos: Sociedad Agrícola Virú S.A. y Empresa Camposol S.A.

- i. Sociedad Avícola Virú S.A. empezó su actividad en 1994 con la cosecha de aproximadamente 150 has de cultivo de espárrago, en 1998 comenzó a cultivar y procesar pimiento piquillo y conservas de alcachofa. Ahora cuentan con dos plantas procesadoras y envasadoras y operan más de 3,600 has de cultivo, cuentan con un promedio de 8,500 trabajadores, la mayoría son mujeres. El sindicato –denominado Sitesav- se constituyó en el 2007, tiene afiliados a 650 trabajadores (aproximadamente 80 % trabaja en el campo y 20 % en planta) y ya cuenta con convenios colectivos de trabajo. A principios de este año presentaron un nuevo pliego de reclamos, donde entre otros puntos solicitaban: a) Pago de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, independientes de las de ley; b) Remuneración de S/. 1,800 para la mano de obra calificada; c) Vacaciones de 30 días; d) Celebrar contratos de tiempo indeterminado con los trabajadores que venían laborando más de 3 años consecutivos y contratos de un año con los que tienen records acumulados menores de 3 años; e) Que se fije las tareas por rastrillo a 10 surcos diarios y botado

(7) <www.agrobanco.com.pe/cultivo_del_esparrago.pdf> (20.08.10)

de broza a 9 surcos diarios por trabajador, en el caso que se labore a destajo; f) Que se les incremente escalonadamente las tarifas por destajo cuando la producción diaria pase de 84 kg, ya que hasta dicha cantidad les pagan S/. 0.25 por kg; y, g) Que se les pague el 100 % por horas extras a los que laboran por horas y no por destajo. Meses después la alta dirección dispuso que la planta deje funcionar en abril y mayo del 2010 aduciendo la estacionalidad de la materia prima y razones de mantenimiento, porque se trata, según declararon a los medios de comunicación, de una actividad cíclica, con temporadas de picos y caídas. Algunos reconocen que hubo cierta estacionalidad en 20 años, pero que jamás hubo necesidad del cierre total de la planta, que entre abril y mayo de cada año la producción es muy baja porque las cosechas de pimiento ocurren al final o inicio del año, mientras que la alcachofa en la segunda mitad del año; la cosecha del espárrago solo es baja en marzo, donde solo quedan alrededor de 500 obreros.

- ii. Empresa Camposol S.A., se inició en 1997 y se dedica a la siembra, cultivo, cosecha, procesamiento y exportación de espárragos, alcachofas, pimiento piquillo, palta, uva, mango y cítricos. En el área de cosecha se pagaba por destajo, a razón de S/. 0.24 por kg cosechado. También constituyeron un primer sindicato en el 2007, ahora cuentan con uno de campo, otro de planta y uno de Camposol y ya tienen suscritos convenios colectivos con la empresa. Como cosechando 87 kg diarios perciben la remuneración diaria de S/. 21.46, desde fines del 2009 han venido exigiendo en su pliego de reclamos que se les pague bonos de productividad escalonados por las cosechas adicionales, así como pago de gratificaciones independientes por fiestas patrias y navidad. En el último convenio colectivo suscrito con el sindicato de Camposol⁽⁸⁾ se acordó curiosamente que su vigencia es de 2 años, pero se pactaron cláusulas que durarán 3 años, tal como el bono de productividad que ha sido concedido para los trabajadores destajeros en cosecha, con el importe de S/. 0.23, 0.27 y 0.32 por cada kg cosechado, adicional a los 85 kg de espárrago que tienen que acopiar para ganar durante el día la remuneración diaria de S/. 21.46.

IV. MERCADO DE TRABAJO AGRARIO: ¿GENERALIZACIÓN DE LA TEMPORALIDAD, ALEATORIEDAD, MOVILIDAD, ESTACIONALIDAD, INFORMALIDAD Y DIFICULTAD DE ACCESO AL EMPLEO?

Como es de público conocimiento, el Perú es un país biodiverso, posee la mayoría de los microclimas del mundo y ello hace que sus posibilidades productivas

(8) Vid. DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo: "Convenio colectivo entre Camposol S.A. y el sindicato de trabajadores - SITECASA. En: *Soluciones Laborales*. N° 32, agosto del 2010, pp. 81-84.

sean insospechadas. Su división geográfica en costa, sierra y selva, su producción agraria y su agroindustria afrontan disímiles realidades.

La Ley 27360 es demasiado genérica y no distingue los diversos contextos y situaciones fácticas que se presentan en nuestra rica realidad. A su vez, el Tribunal Constitucional, al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República no se ha tomado el trabajo de estudiar la realidad nacional, como si lo ha hecho en otras oportunidades.

El análisis socio-económico, geográfico, laboral, etc., eran de suma importancia para resolver la demanda. En dicho contexto nos preguntamos: ¿Para quién resolvió el Tribunal y porqué no actuó con una visión tridimensional del derecho? ¿Por qué al hacer el análisis constitucional de la ley N° 27360, Ley de promoción del sector agrario, sostuvo en su fundamento 75, justificando dentro del test de igualdad el tema de la intensidad de la intervención como “intensidad leve” por considerar que la razón de la intervención legislativa diferenciada fue precisamente “por la naturaleza de las cosas, la especialidad del mercado de trabajo para el sector agrario, que se caracteriza por la temporalidad, aleatoriedad, movilidad, estacionalidad, informalidad y dificultad en el acceso al empleo?”. Intento contestarme a mi mismo en los siguientes aspectos:

- a. La ley no parece haberse dictado para favorecer a las mayorías, sino para perjudicar a las minorías. Es de todos conocido que las grandes empresas agrarias en la mayoría de los casos producen en el campo pero habitualmente procesan, transforman o industrializan en las ciudad o sus alrededores
- b. Sabemos que nuestra PEA ocupada al 2009 era de 16,316,129 personas según el MTPE, y según el censo nacional de población y vivienda del INEI en el 2007 era de 10,163,614 (la PEA ocupada urbana estaba integrada por 8,128,649 trabajadores y la rural por 2,034,965, calculamos que esta última al 2010 debe estar rodeando los 2,500,000). Sabemos también que según el INEI la PEA ocupada por categoría de ocupación en el 2009 fue: asalariada: 46,0%, independiente: 34,7 % y patronos: 5,6 %. De una simple aplicación porcentual de estas últimas cifras a la PEA ocupada urbana y rural, con una aproximación razonable, se puede concluir que la ley 27360 es para las minorías sometidas a relaciones de trabajo subordinadas y que son objeto de estudio del derecho del trabajo, no alcanza a las grandes mayorías que trabajan como informales o en forma autónoma o independiente (de paso, esto obliga a pensar en la posibilidad de abordar este problema dentro de una futura ley de trabajo autónomo).
- c. Los clásicos productos agrarios no tradicionales dirigidos al mercado interno o externo, como son el café, arroz cáscara, caña de azúcar, algodón, etc., en muchos casos y con evidentes y conocidas excepciones, abarcan a pequeños o medianos parceleros o agricultores, pero la producción se concentra en

grandes empresas. Los productos agrarios no tradicionales de exportación están concentrados en muy pocas empresas con grandes márgenes de rentabilidad. De ese modo, la ley favorece inobjetablemente a los grandes empresarios, pero no a los humildes trabajadores, que ya hemos visto supra en la estadística perciben ingresos mensuales promedio paupérrimos y atentatorios contra los derechos humanos.

- d. En términos generales, hay productos agrarios cuyo cultivo es temporal o estacional, como el caso del arroz en la costa y parte de la sierra, con estaciones muy marcadas, ya que en otros departamentos del Perú se siembra todo el año. Otros productos, como el café, son estacionales solo cuando hay factores climáticos especiales, ya que la selva lo produce todo el año, la caña de azúcar es un producto permanente y sin estacionalidad definida, el cultivo del algodón si es estacional.
- e. Como se ha visto en las páginas precedentes, hay opiniones diferenciadas respecto de la producción del espárrago como producto de exportación no tradicional: un estudio comparativo entre los principales países productores, ya citado, sostiene que la producción es durante todo el año; otro sector sostiene que hay una pequeña estacionalidad (algunos le llaman una baja en la producción, que no necesariamente lleva a un cierre total temporal de las labores) en alguno de los meses del año. Aún cuando se diera el último supuesto, hay que dejar claramente establecido que no era necesario un régimen laboral especial agrario, ya que las normas comunes del derecho individual que se han emitido durante los últimos decenios bastaban para resolver cualquier dificultad, sin necesidad de recortar derechos a los trabajadores.

V. REGULACIÓN DEL CONTRATO AGRARIO EN LA REALIDAD NO DEJA DE SER INCONSTITUCIONAL, MUY A PESAR DE LO SENTENCIADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXP. N° 00027-2006-PI

En un documentado estudio, Tito Puca y Rojas Crisóstomo⁽⁹⁾, han planteado serias críticas a la aludida sentencia del TC, con argumentos socio-estadísticos, consideraciones doctrinarias sobre la discriminación y la visión de la OIT sobre el particular, el rol promotor del Estado, la naturaleza de las cosas, análisis del tema agrario en el derecho comparado y un enjuiciamiento del test de proporcionalidad aplicado en dicho caso. Nosotros estamos de acuerdo con las opiniones vertidas en dicho estudio, nos remitimos a él y no volveremos a incidir en ello.

Solo queremos puntualizar las siguientes ideas complementarias:

(9) TITO PUCA, Yolanda Soledad; ROJAS CRISOSTOMO, José R.: “El principio de igualdad ¿se afecta con un régimen laboral diferenciado?. Análisis y reflexiones de la STC N° 00027-2006-PI/TC”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 113, febrero del 2008, pp. 272-281.

- a. Quiñones y Sánchez⁽¹⁰⁾ critican la sentencia del TC y hacen algunas precisiones entre diferencia y desigualdad. Antes precisemos que el TC en sus fundamentos 2 y 3, en síntesis, sostiene que “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”, luego, pretende hacer un adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación, sostiene que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio, es decir, estamos frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funda en causas objetivas y razonables, y estamos frente a una discriminación cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, y ello es constitucionalmente intolerable.
- b. En opinión de los autores precitados el TC confunde la desigualdad con la idea de discriminación. Para un mejor entendimiento del punto se amparan en las opiniones de Luigi Ferrajoli (“Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999, p.82)⁽¹¹⁾, quien plantea: “Las diferencias – sean naturales o culturales – no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades – sean económicas o sociales – son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas”. De ese modo, precisan Quiñones y Sánchez, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios, las desigualdades deberían ser removidas o reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales; por otro lado, advierten que hay que distinguir entre las políticas de fomento del empleo y las políticas de trato diferenciado (denominadas en nuestra legislación laboral “régimen especiales”). El propósito de estas últimas es adaptar la regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo a las particulares características de una actividad económica.
- c. El tratamiento que hace el TC del denominado régimen laboral agrario es solo comparativo y sin mayor sustento doctrinal. Los fundamentos 29 a 31 de la sentencia más se basan en opiniones de los representantes y declaraciones de la OIT, pero en menor medida recurren a los convenios internacionales de

(10) QUIÑONES INFANTE, Sergio; SANCHEZ REYES, Christian: “Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Libro homenaje a Javier Neves Mujica, primera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, pp. 291-307

(11) *Ibid.*, p. 297.

dicho organismo sobre los temas involucrados, a pesar de que varios de ellos fueron mencionados en un apartado anterior dedicha sentencia.

- d. El test de igualdad aplicado por el TC deja mucho que desear:
- i. **La intensidad de la intervención no es leve, sino grave**, toda vez que el artículo 2 de nuestra Constitución hace referencia de manera expresa a 7 causales de discriminación y “a las de cualquier otra índole”; de ese modo, no creemos que si, por ejemplo, la ley comentada hubiera dispuesto que los trabajadores con Sida solo tendrían derecho a la mitad de los subsidios de ley por incapacidad temporal, o que los trabajadores de la tercera edad, a partir de los 65, no tendrían indemnización por despido arbitrario, el TC se hubiera atrevido a sostener que la intensidad era leve porque no aparecen en el art. 2 de la Constitución ambas causas de discriminación.
 - ii. **El análisis de idoneidad también resulta afectado**, porque no se ha diferenciado a los trabajadores agrarios permanentes de los estacionales y han sido mezclados como en un cajón de sastre unos con otros, incluyendo a los que no desarrollan labores agrícolas.
 - iii. **El análisis de necesidad no parece tener ninguna justificación y ni siquiera debió ser planteado**, toda vez que a los sub-principios del test les faltó incluir elementos de evaluación complementaria, como han planteado Quiñones y Sánchez, tales como buscar la ponderación de medios alternativos menos gravosos y de aplicación preferencial. Para nosotros, la ley 27360 y su reglamento, D.S. 049-2002-AG, es triple y agresivamente gravoso, primero: porque da un régimen tributario especial y diferenciado hasta el 31 de diciembre del 2021 a las empresas del sector en materia de impuesto a la renta, reconocimiento de depreciaciones por inversión y recuperación anticipada del IGV; segundo: restringe sin justificación sostenible varios derechos laborales de los trabajadores agrarios; y, tercero, da normas favorables para los empresarios en materia de seguridad social, al reducirles la obligación de pago de contribuciones patronales a Essalud por prestaciones de salud del 9 % al 4 %, perjudicando al Estado y beneficiando a los empresarios.

VI. PROBLEMÁTICA Y PERSPECTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO AGRARIO EN ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES ASPECTOS

El denominado régimen laboral agrario (nos sentimos más técnicamente a gusto llamándole por su nombre: “contrato especial agrario”, ya que el régimen especial de trabajo es algo mucho más complejo y elaborado, con pocos rasgos de supletoriedad del derecho laboral común), tiene una serie de aspectos novedosos e interesantes, pero en el presente artículo, por su densidad y limitada extensión, solo nos hemos propuesto abordar las instituciones juslaborales enunciadas. Veamos.

1. Contratación.

El contrato de trabajo agrario puede ser, según disponen el art. 7.1 de la ley 27360, por tiempo indeterminado o determinado, dependiendo de la naturaleza y circunstancias propias de la actividad de que se trate. El art. 19 del Reglamento (D.S. 049-2002-AG, de 10.09.02), en síntesis dispone que los contratos modales suscritos deberán ser presentados por los empleadores ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de su jurisdicción el último día hábil de cada semestre calendario, están exonerados del pago de tasas administrativas, debiendo adjuntarse 3 ejemplares de los contratos, copia simple del RUC de los empleadores y copia simple del documento presentado a la Sunat para acogerse a los beneficios de esta ley. Si se presentan extemporáneamente deberán pagar una tasa equivalente al 0.32 % de la UIT. La Autoridad de Trabajo puede verificar ex-post la veracidad de los datos consignados en los contratos para ver si se produjo o no su desnaturalización por fraude, lo que implica su conversión automática en contratos por tiempo indeterminado.

Un contrato agrario modal puede presentar zonas grises o mejor dicho zonas conexas con otros contratos especiales que se superponen o confunden con aquel, tal como puede ocurrir con los contratos en empresas de exportación no tradicional, contratos entre parientes, etc., tal como tratamos de indicar:

- i. En todo el Perú los contratos de exportación no tradicional solo representaron el 12 % del total de contratos modales en el 2008. Es sorprendente que sigan en pie porque fueron diseñados políticamente desde hace más de 30 años para impulsar la naciente exportación de productos no tradicionales, so pretexto de la eventualidad de las labores y la sujeción de la contratación laboral a pedidos concretos de exportación y otros requisitos. Sanguinetti⁽¹²⁾ hace muy bien al sostener que ha tenido efectos contraproducentes en las condiciones de varios sectores laborales, se extraña de que el art. 80 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) haya sido una patente de corso a favor de dicho sistema contractual obsoleto, porque es una norma de claro perfil inconstitucional y debe ser depurada de nuestro ordenamiento jurídico para bienestar de los trabajadores y por la propia salud de nuestro tejido productivo. Cuadros Luque y Sánchez Reyes⁽¹³⁾, luego de analizar el sector textil exportador, concluyen también que estos contratos ya cumplieron su objetivo y en la actualidad generan más perjuicios que beneficios en el mercado de trabajo, quedando claro que las necesidades temporales de una empresa textil exportadora, o cualquier otra, agregamos, pueden ser satisfechas con los contratos temporales de la LPCL. Comentando la Casación

(12) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "Los contratos de trabajo de duración determinada". En: *Soluciones Laborales*, Segunda edición, Gaceta Jurídica, nov. 2008, pp. 123-127.

(13) CUADROS LUQUE, Fernando – SANCHEZ REYES, Christian: "Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora". En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 169.

N° 1370-2005-Lima, de la Corte Suprema de Justicia, Toyama y Granados⁽¹⁴⁾ parecen estar de acuerdo con este sistema contractual porque, dicen, tiene la virtud de permitir a las empresas del sector tener la flexibilidad necesaria para adecuarse a las vicisitudes externas que se presentan en el mercado internacional.

- ii. Muchas familias trabajan juntas en la agricultura, siendo así, les resulta aplicable la segunda disposición complementaria, transitoria y derogatoria del D.S. N° 003-97-TR, que prohíbe la relación laboral en la prestación de servicios entre cónyuges y entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, salvo pacto en contrario, solo en el último caso.
- iii. En nuestro criterio, cuando hay una relación de causalidad entre la prestación y el tipo de contrato, se puede suscribir entre las partes algunos tipos de contratos modales o por tiempo determinado, resultando al parecer los más usuales los contratos intermitentes y los de temporada, por la propia naturaleza de la actividad agraria. Si no hay relación de causalidad, por mandato expreso de la ley, ambos contratos deben ser por tiempo indeterminado. Arce Ortiz⁽¹⁵⁾, al estudiar la contratación temporal en el Perú, sostiene que hay contratos estrictamente temporales (de obra determinada o servicio específico, necesidad de mercado, ocasional, suplencia y emergencia) y contratos temporales desvirtuados porque no tienen causa temporal (inicio o incremento de actividad, reconversión empresarial, contratos de exportación no tradicional). Pues bien, de acuerdo con dicho autor, sostenemos que en la actividad agraria deben usarse solo los estrictamente temporales.

2. Jornada de trabajo y descanso vacacional.

Solo hay una disposición escueta sobre jornada de trabajo (ya que el Reglamento hace mutis sobre el asunto) en una parte del numeral 7.1. del art. 7 de la Ley 27360. Allí se indica que se pueden establecer jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos por la ley. Luego se agrega que los pagos por sobretiempo procederán solo cuando se supere el referido promedio.

En el sector agrario se pueden aplicar varias clases de jornadas de trabajo conocidas en la doctrina y la legislación: jornada máxima, ordinaria, continua, discontinua, por turno, programada, a tiempo parcial, acumulativas, alternativas, atípicas, etc., según como se presente el tipo de actividad a desarrollar. Sin embargo,

(14) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge; GRANADOS CELI, Flavio. "Contratos de trabajo de exportación no tradicional ¿Cuándo son válidos y cómo se desnaturalizan?". En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 108, setiembre del 2007, pp. 237-244.

(15) ARCE ORTIZ, Elmer: *Derecho individual de Trabajo en el Perú*. Desafíos y deficiencias. Primera edición, Palestra Editores, Lima, junio, 2008, pp. 167-170.

el art. 7 comentado privilegia la posibilidad de las jornadas acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores; esto significa que se puede trabajar varios días seguidos con descansos semanales largos acumulados proporcionalmente, varias horas seguidas durante algunos días de la semana, tres semanas continuas con descansos acumulados, etc. Como se puede apreciar, las posibilidades son múltiples.

El gran problema que se presenta en las jornadas de trabajo en el sector agrario es cuando los trabajadores laboran en el sistema a destajo, como sucede en la industria esparraguera. Si bien se trata de un aspecto salarial que veremos infra, en el punto 5.3., tenemos que abordarlo parcialmente ahora por sus vinculaciones con la jornada: hace menos de un año en una empresa esparraguera en Trujillo los trabajadores se quejaban de que ganaban por destajo a razón de S/. 0.24 por kg cosechado, que su jornada de trabajo era de las 6 a.m. a las 5.30 p.m., con un intervalo de 12 m a 2 p.m. para el almuerzo, es decir, laboraban 9.30 horas, pero en realidad no descansaban por la abundancia del producto gracias al brillo solar, por lo que los supervisores exigían que el personal almuerce y de inmediato salga al campo a cosechar, con lo que sus horas sobrepasaban las 10 diarias, sin que les consideraran las horas extras.

Los trabajadores a destajo tienen un patrón o standart de medición de su rendimiento, que se fija promediando el número de piezas que pueden trabajar durante un día para ganar la remuneración mínima diaria. Si ellos avanzan la cantidad mínima prevista ganarán el salario mínimo del día, si son lentos o inexpertos emplearán más tiempo en la tarea y ganarán menos del mínimo, si son hábiles y dinámicos avanzarán mucho más del mínimo y ganarán mucho más que la remuneración mínima diaria. De ese modo, cuando el sistema es a destajo no hay jornada mínima ni remuneración mínima, por la propia naturaleza de la contraprestación tampoco se puede hablar de horas extras. A pesar de que dicha afirmación no deja de ser polémica, tiene sustento lógico y teórico.

Otro tema conexo es de las exclusiones y excepciones a la jornada máxima de trabajo, que en el art. 5 del D.S. N° 007-2002-TR y arts. 10 y 11 de su reglamento, D.S. 008-2002-TR, aparecen en el bloque de la frase “no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que prestan servicios sujetos a fiscalización inmediata superior y los que realizan labores de intermitencia, vigilancia o custodia. Los trabajadores agrarios también pueden tener jornadas excluidas y exceptuadas de la jornada máxima, las jornadas intermitentes están dentro de las excepciones, por lo que deberán fijárseles jornadas máximas de 12 horas (contando las 8 horas efectivas de trabajo más el promedio razonable de 4 horas muertas o de no vigilia o no contracción al trabajo).

En cuanto al descanso vacacional constituye una injusticia que la Ley 27360 en su art. 7, párrafo 7.b) haya fijado el descanso en solo 15 días calendario remunerados por año de servicios o la fracción que corresponda. Aparte de esa reducción, en todo lo demás se aplica supletoriamente la legislación laboral común, esto

es, la contenida en el D.L. 713 y su reglamento para estos casos, por ejemplo: que algunas clases de contratos no dan lugar al goce de descanso físico por vacaciones, pero sí al respectivo pago; que las vacaciones son indisponibles a partir de los 15 días y no se puede pretender hacer una reducción o “venta” ilegal de las vacaciones por 7 días debidamente pagados, en forma adicional al pago de los días de descanso; que se puede acumular previo pacto entre los interesados, las vacaciones hasta por dos periodos; o que se puede cobrar triple remuneración por vacaciones no gozadas dentro de los parámetros estipulados por la ley.

3. **La remuneración y algunos de sus puntos emblemáticos: los pagos a destajo, la diarización de las remuneraciones periódicas y algunas de sus consecuencias**

Ya hemos visto antes que **el pago a destajo** es uno de los sistemas remunerativos imperantes en algunas clases de contratos agrarios, como el de los trabajadores de campo en las empresas esparragueras. En muchas de ellas se ha fijado el valor del trabajo o tarifa diaria estimando que en una jornada de 8 horas un trabajador puede cosechar 84 a 85 kilos, por eso es que les fijan una remuneración de S/. 21.46 diarios. Su remuneración por kilo es de S/. 0.255 y multiplicando dicho valor por 84 kilos da el importe de S/. 21.46. De ese modo, para ellos en la práctica se ha proscrito la remuneración mínima vital porque si laboran más, igual o menos de 8 horas diarias, no ganarán su importe si es que no cosechan como mínimo los 84 kg. En consecuencia, tampoco se le abonan horas extraordinarias, porque va contra la naturaleza del sistema.

En cuanto a la **diarización de las remuneraciones periódicas o pago de la remuneración diaria**, el párrafo 7.2., inc. a), del art. 7 de la Ley 27360 prescribe que los trabajadores agrarios se sujetarán a un régimen que tendrá como una de sus características especiales el “derecho a percibir una remuneración diaria (RD) no menor a S/. 16.00 en ese entonces (ahora son S/. 21.46 diarios o S/. 643.80 mensuales porque la RMV está en S/. 18.33 diarios o S/. 550 mensuales), siempre y cuando laboren más de 4 (cuatro) horas diarias en promedio. Dicha remuneración incluye la Compensación por Tiempo de Servicios y las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad y se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la Remuneración Mínima Vital.

Si la jornada de trabajo en el sector agrario es de más de 4 horas diarias en promedio, la remuneración será igual hasta llegar a las 8 horas diarias, sea que las personas trabajen 4.15, 4.30, 5, 6, 7 u 8 horas diarias. Ergo, si trabajan menos de 4 horas deberán ganar la remuneración proporcional a las horas trabajadas, con lo que nos enfrentamos a dos injusticias: una para arriba, porque el que trabaja más de 4 diarias ganará igual que el que trabaja 7 u 8 horas diarias, y una para abajo, porque es injusto que si un trabajador gana el total por más de 4 horas de trabajo otro que trabaja menos de 4 horas tenga que ganar dicha proporcionalidad en función de sus horas trabajadas, pero en relación a la jornada de 8 horas. Más práctico

y equitativo hubiera sido que simplemente se respete la proporcionalidad sin mencionar el parámetro de las 4 horas diarias.

Es injusto haber dispuesto que las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios se incluyan dentro de la remuneración diaria, porque ello atenta contra la naturaleza jurídica de ambas instituciones salariales, que son propender de un mayor ingreso al trabajador con motivo de los egresos adicionales en su presupuesto en los meses de julio y diciembre y tener una finalidad de previsión social o de reserva para el laborante cuando concluye su contrato y pueda tener algo con qué agenciarse sus medios de vida.

La CTS, sus intereses, depósitos, traslados y retiros, a pesar de que constituye incuestionablemente una remuneración, por mandato de la quinta disposición derogatoria y final del D.S. 001-97-TR-T.U.O. del D. Leg. 650-, están inafectos o en todo caso exonerados de todo tributo creado o por crearse, sea que se trate del impuesto a la renta y los pagos de aportaciones por prestaciones de salud y accidentes o enfermedades profesionales a Essalud, Oficina de Normalización Previsional o Sistema Privado de Pensiones. Su inclusión global en un solo rubro remunerativo complejiza su tratamiento administrativo, así como su tratamiento en los campos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En lo referente a algunas de las consecuencias de la diarización de las remuneraciones periódicas, nos permitimos hacer los siguientes comentarios:

La diarización de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad y de la CTS traen múltiples consecuencias en los campos del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, por la sencilla razón de que casi todos los beneficios laborales (pago de horas extras, vacaciones, asignación por escolaridad, gratificaciones, bonificación extraordinaria, CTS, indemnización por despido arbitrario, etc.) y beneficios de la seguridad social (subsidios por incapacidad temporal, maternidad, aportes a Essalud, seguro de vida, accidentes de trabajo y pensiones) se pagan con el valor de la última remuneración ordinaria mensual. Al diarizarse dichas remuneraciones periódicas, tienen efectos en casi todas las instituciones precitadas y otras porque las remuneraciones periódicas pasan como si fueran parte de la remuneración ordinaria. Como el tema es bastante amplio, vamos a referirnos solo a algunos de sus efectos.

a. Consecuencias en el pago de otros conceptos remunerativos y no remunerativos.

La Ley 27360 y su Reglamento, D.S. N° 049-2002-AG no prescriben nada sobre la supletoriedad del derecho laboral común al contrato especial agrario respecto de otros conceptos remunerativos y no remunerativos, pero esta funciona en toda su extensión. En consecuencia, a los trabajadores agrarios se les debe abonar asignación familiar cuando tienen hijos con derecho a percibirla, así como tienen derecho a percibir otras asignaciones, bonificaciones

y conceptos salariales que se logren por convención colectiva, costumbre, contrato individual o acto unilateral del empleador. Todo ello está en función directa del tipo de actividad, tipo de empresa, manejo de la política salarial, etc.

b. Consecuencias en el pago de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad.

La ley N° 29351, del 2009, dispuso la inafectación de las gratificaciones de fiestas patrias y navidad de los años 2009 y 2010 para el pago de las aportaciones por concepto de prestaciones de salud a Essalud, que son de cargo exclusivo del empleador con el importe del 9 % mensual de las remuneraciones percibidas. El reglamento, D.S. N° 007-2009-TR, precisó también que las inafectaciones eran aplicables a los regímenes laborales especiales.

Como el tema no quedó del todo claro, la Gerencia de la Sociedad Nacional de Industrias formuló consulta a la Oficina de Asesoría Jurídica del MTPE, quien con Informe N° 456-2009-MTPE/9.110 opinó que la ley 29351 no era aplicable a los regímenes especiales porque, sorprendente error, en estricto en el régimen agrario no se otorga gratificaciones ni CTS, sino un concepto diferente a aquellos que sustituye totalmente. Como la posición de Asesoría Jurídica y su Informe era discutible y no resultaba del todo satisfactorio, se reiteró la consulta y se emitió un nuevo Informe N° 762-2009-MTPE/9.110, donde se volvió a sentar posición a favor de la inafectación de las gratificaciones en el régimen agrario porque dicho beneficio se encuentra consolidado junto con la CTS dentro de la remuneración diaria.

El Equipo de Investigación de Soluciones Laborales⁽¹⁶⁾, al igual que Díaz Quintanilla⁽¹⁷⁾, han opinado que se debe desagregar dichos conceptos a efectos de aplicar la inafectación correspondiente a las dos gratificaciones (fiestas patrias y navidad), pero no a la CTS, la segunda autora incluso ha hecho un agregado: la ley 29351 es heterónoma y de carácter imperativo, por lo que debe ser acatada por todos los regímenes laborales especiales. Considero que la última afirmación es muy discutible y puede devenir en una generalización peligrosa.

Nuestra posición personal es que de acuerdo a lo expresamente dispuesto en los arts. 3 de la Ley 29351 y 7 de su reglamento, D.S. N° 007-2009-TR, la inafectación corresponde al monto que resulte de aplicar el porcentaje del 9 % a cargo del empleador a lo percibido por el trabajador en el periodo por

(16) Vid artículo: “¿Es aplicable la inafectación de las gratificaciones en el sector agrario?”. En: *Soluciones Laborales*, N° 22, octubre 2009, p. 26

(17) DIAZ QUINTANILLA, Raquel: “Obligaciones derivadas de las gratificaciones legales”. En: *Soluciones Laborales*, N° 30, junio 2010, pp. 13-19.

concepto de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, ya que es antitécnico confundir conceptos remunerativos ordinarios con conceptos periódicos, por la alteración que conllevan para todo el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

c. Consecuencias en el pago de la bonificación extraordinaria derivada del pago de las gratificaciones de julio y diciembre del 2009 y 2010.

Por las mismas razones aducidas supra, a pesar de que este tema no aparece en ninguno de los informes ni análisis, los trabajadores agrarios deben recibir el pago o los reintegros de su bonificación extraordinaria de julio y diciembre del 2009 y 2010.

d. Consecuencias en el pago de la indemnización por despido arbitrario.

En cuanto a la Indemnización por despido arbitrario, el art. 7, parágrafo 7.2. c) de la Ley 27360 señala que en caso de despido arbitrario, la indemnización es equivalente a 15 días de remuneración diaria por cada año completo de servicios, con un máximo de 180 remuneraciones diarias. Las fracciones de año se abonan por dozavos. Dicha indemnización se aplica única y exclusivamente a los trabajadores con contrato de trabajo vigente a partir de la fecha de vigencia de la ley, siempre que superen el periodo de prueba, situación que la ley no señala, pero se sobreentiende de acuerdo al régimen ordinario.

Los trabajadores que laboran en las empresas agrarias desde antes de la fecha de vigencia de la ley, aunque se hayan acogido al nuevo régimen de contratación previo acuerdo con el empleador, aunque cesen con posterioridad a la vigencia de aquella y aunque vuelvan a ser recontratados bajo cualquier modalidad antes o después de un año del cese, por mandato expreso del numeral 10.2 del art. 10 de la ley 27360, si es que son despedidos arbitrariamente se les abonará su indemnización de conformidad con las disposiciones contenidas en los arts. 38 y 76 del D.S. 003-97-TR.

En cuanto al pago de la indemnización por despido arbitrario (IDA) hay que tener en cuenta complementariamente lo siguiente:

- i. La indemnización ha sido reducida en un 50 % respecto de la regulada en el derecho laboral común, tanto en su monto en dinero como en su tope en el tiempo, que es de hasta 6 meses de pago como máximo;
- ii. Como la remuneración diaria incluye remuneraciones ordinarias y periódicas, existe la duda de si la remuneración computable incluirá o no las remuneraciones periódicas. Sostenemos que para el cálculo de la IDA debe detraerse las remuneraciones periódicas diarizadas.

- iii. Se reduce también la remuneración que sirve de base de cálculo en relación al Derecho del Trabajo común, ya que allí se computa una y media remuneración ordinaria por cada año de servicios en los contratos de tiempo indeterminado y una y media por cada mes que falta por laborar en los contratos por tiempo determinado, con el tope de hasta 12 meses en ambos casos, mientras que en la Ley de Promoción del Sector Agrario la remuneración que sirve como base de cálculo únicamente es media remuneración ordinaria;
 - iv. La redacción del inc. c) del numeral 7.2. del art. 7 de la ley comentada es antitécnica, reduccionista y errónea porque solo regula la indemnización para los contratos por tiempo indeterminado, pero no la regula para los contratos por tiempo determinado. ¿Significa ello que en estos últimos contratos se debe aplicar el régimen laboral común?. Nuestra respuesta es contundentemente no, por lo siguiente: a) Si la normatividad común otorga presunción “*juris tantum*” al contrato por tiempo indeterminado, no resulta lógico ni racional conceder mayores beneficios al contrato por tiempo determinado; y, b) Como la orientación de la ley es consagrar derechos reducidos a los trabajadores agrarios, tiene que resolverse el asunto concediéndoles la IDA a razón de media remuneración ordinaria mensual por cada mes que les falta para el vencimiento del contrato hasta el tope de 180 remuneraciones diarias o su equivalente que son 6 meses; y,
 - v. También la IDA para los trabajadores con contrato indeterminado es reduccionista en cuanto a que solo se computan las fracciones de año por dozavos. En la legislación laboral común no solo se pagan los años, sino también los meses y días por dozavos y treintavos, respectivamente. ¿Puede funcionar la supletoriedad para el pago de los treintavos por fracciones de días? Nos parece que no, porque la norma especial prima sobre la ley general.
- e. Consecuencias en el pago de las utilidades.**

En cuanto a las utilidades, la normatividad especial no las regula para los trabajadores agrarios, razón por la que hay que recurrir en vía supletoria a los D. Leg. 677, de 07.10.91, y 892, de 11.11.96., siempre y cuando las empresas del Sector generen rentas de tercera categoría.

Como la actividad agraria es compleja, puede que las utilidades tengan que tratarse como actividad industrial, agroindustrial o solo agraria. En las empresas industriales la participación es del 10 % de la renta anual antes de impuestos, en las empresas que realizan otras actividades la participación es del 5 % (art. 2 del D. Leg. 892). Cuando se da la mixtura en diversos campos de actividad, la segunda parte del art. 3 del D.S. N° 009-98-TR, de 06.08.98, Reglamento de la Ley de Utilidades, resuelve el impase prescribiendo que si la empresa desarrolla más de una actividad de las comprendidas en el art. 2

de la ley precitada, se considerará la actividad principal, entendiéndose por esta a la que generó mayores ingresos brutos en el respectivo ejercicio.

Tampoco hay que perder de vista que en la actividad agraria muchas entidades están excluidas tanto de la participación en las utilidades como de la participación en la gestión y la propiedad, de conformidad con los arts. 9, 10 y 11 del D. Leg. N° 677, ya que se trata de cooperativas, empresas autogestorarias, empresas comunales, o porque no exceden de 20 trabajadores.

Para concluir este acápite, también hay que señalar que la incorporación de las remuneraciones periódicas dentro de la remuneración diaria solo tiene influencia directa sobre el pago de las utilidades en el caso de los topes de 18 remuneraciones ordinarias mensuales, ya que para el pago del 50 % de aquellas según las remuneraciones percibidas se consideran tanto las remuneraciones ordinarias como las periódicas.

VII. CONCLUSIONES

- a. La actividad agraria y agroindustrial peruana es muy compleja y disimil, a lo que coadyuva nuestra biodiversidad y complejo mosaico geográfico. Su PEA ocupada está compuesta en su gran mayoría por trabajadores autónomos, con ingresos bajos y con altos índices de pobreza y pobreza extrema. Parte de sus productos de exportación tradicional vienen afrontando una serie de problemas.
- b. La agroindustria costeña del espárrago, como producto de exportación no tradicional, tiene grandes realizaciones y perspectivas, gracias a factores geográficos, climatológicos, tecnológicos, industriales y de otra índole.
- c. La ley 27360 es demasiado genérica y no distingue los diversos contextos en los que se desenvuelven las diversas actividades agrarias. Se ha dictado para favorecer a unas minorías, que son los grandes empresarios, y no a las mayorías, que son los paupérrimos trabajadores.
- d. La sentencia del TC recaída en el Exp. N° 00027-2006-PI deja mucho que desear, no ha compulsado adecuadamente el análisis de la realidad ni ha tenido en cuenta el análisis tridimensional del derecho.
- e. La ley de contratos de exportación no tradicional debe ser derogada por estar desfasada frente a la realidad y porque sus espacios ya han sido cubiertos por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que necesita también algunas modificaciones urgentes en materia de contratación.
- f. La Ley 27360 es antitécnica y arbitraria en la regulación del contrato de trabajo agrario, la diarización de las remuneraciones periódicas desestabiliza nuestro sistema de ordenamiento de beneficios en los campos del Derecho del Trabajo y del Derecho de Seguridad Social.

LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS REGÍMENES LABORALES ESPECIALES^(*)

Pacheco Luz

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado, desde sus orígenes, en una doble perspectiva: la del régimen común que pone bajo su ámbito a la gran mayoría de trabajadores que laboran en forma personal, remunerada y subordinada; y, la de los regímenes especiales, que regula en forma distinta los derechos laborales de los trabajadores que realizan su labor en circunstancias particulares, ya sea por sus condiciones personales o por las de la ocupación o las de la empresa.

Esta variedad de regímenes exige analizar si esa diversidad es compatible con el orden constitucional, en particular con el principio de igualdad, que es rector de la organización y funcionamiento de un Estado social y democrático. Su carácter transversal es de carácter obligatorio en los diversos espacios de desarrollo de la persona, porque garantiza el adecuado respeto a la dignidad humana, al proscribir las discriminaciones injustas. En el ámbito laboral tiene particular relevancia porque el trabajo es un medio indispensable para el desarrollo personal y social. De allí que la existencia de regímenes especiales deba ser cuidadosamente evaluada por la doctrina académica, a fin de evitar o corregir las discriminaciones contrarias al orden constitucional.

(*) Luz Pacheco Zerga. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Profesora Invitada del Máster de Relaciones Laborales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

El presente estudio se estructura en torno a tres cuestiones: las fuentes de regulación de los regímenes especiales, el fundamento de la tipificación y su adecuación al orden constitucional.

I. LAS FUENTES DE REGULACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES

En primer lugar conviene recordar que la existencia de regímenes laborales especiales es común al Derecho comparado⁽¹⁾. Para comprender mejor la razón de ser de su existencia utilizaremos como referencia el Derecho laboral español por la similitud que tiene con el nuestro, por el mayor desarrollo legislativo y doctrinal de esta institución, así como por la génesis histórica. Efectivamente, al igual que ocurrió en ese país, también en el nuestro, en un primer momento hubo una tendencia uniformadora para incorporar al tronco común del Derecho del Trabajo, las relaciones jurídicas que hasta ese momento habían tenido regulaciones específicas o residuales. En un segundo momento, el régimen ordinario se ha vuelto más flexible y abierto, por lo que conviven, junto con al tronco común, una variedad de regímenes especiales⁽²⁾.

En España existe una norma que unifica el régimen laboral común y legitima la existencia de relaciones laborales de carácter especial: se trata del Estatuto de los Trabajadores (ET). Su redacción originaria se remonta a 1980, pero se encuentran previsiones similares en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. El régimen común del ET es aplicable a las relaciones jurídicas que surgen con la prestación del trabajo personal, libre, remunerado, realizado por cuenta ajena y en forma dependiente⁽³⁾. Este cuerpo legal, en su segundo artículo, establece ocho relaciones laborales especiales, a las que se han añadido otras once⁽⁴⁾, por diversos dispositivos legales. Resulta evidente que la relación de regímenes especiales contenida en el ET art. 2.2 no es taxativa, sino enumerativa y que los diversos regímenes tienen un denominador común: se originan en un

(1) En Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela existen regímenes diferenciados para los trabajadores agrícolas, incluso diferenciaciones dentro del propio sector agrícola, como es el caso de Colombia para los trabajadores bananeros, Costa Rica o Francia, que excluye en materia de salario mínimo a los trabajadores agrícolas. Los convenios de la OIT muestran también la necesidad de regulaciones específicas para los trabajadores del mar, las mujeres, migrantes, etc. Cfr. <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>>

(2) Cfr. GARCÍA VALVERDE, M^a DOLORES. "Relaciones laborales especiales," in *Derecho del Trabajo*, ed. José Ignacio García Ninet (Director) / Arántzazu Vicente Palacio (Coordinadora) (Pamplona: Thomson&Aranzadi, 2008), 711-42.

(3) Cfr. Art. 1 de Estatuto de los Trabajadores (ET).

(4) Cfr. MONTÓYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. / SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7^a ed. (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007) 41-42.

mandato legal⁽⁵⁾. El ET art. 2.3 establece que todos los regímenes especiales deben “respetar los derechos básicos reconocidos por la Constitución”. Este mandato, que podría parecer superfluo no lo es: su sentido es supeditar la regulación de las relaciones especiales de trabajo a la suprema norma constitucional y no a la legislación común u ordinaria. Por eso, la doctrina académica ha precisado que lo que “el ET quiere decir es que sus disposiciones no vinculan en principio el régimen de las relaciones especiales de trabajo”⁽⁶⁾. Para que pueda haber una aplicación directa o supletoria debe existir esa previsión en la Ley de creación⁽⁷⁾.

¿Qué ocurre en nuestro país? Sabemos que no existe una norma codificadora del régimen común laboral: en todo caso, podemos considerar como tal, a pesar de sus graves deficiencias, a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL). Esta norma hace referencia a los regímenes especiales de trabajo en forma desordenada, pero con una tónica común: reconocer su existencia y legitimar el trato diferenciado⁽⁸⁾.

Los artículos de la LPCL que hacen referencia a regímenes especiales son las siguientes:

Artículo 45.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas.

Artículo 80.- Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley N° 22342 se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos.

Basta que la industria se encuentre comprendida en el Decreto Ley N° 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen.

Artículo 81.- Los contratos de trabajo temporales que se ejecuten en las zonas francas así como cualquier otro régimen especial, se regula por sus propias normas.

Artículo 82.- Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

Artículo 83.- En los casos a que se refieren los artículos precedentes son de aplicación supletoria los Capítulos V y VIII del presente Título en cuanto no se oponga a la normatividad específica de los citados regímenes de contratación.

(5) Cfr. ET, art. 2.

(6) MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 42.,

(7) Cfr. *Ibid.*,

(8) Por ejemplo en el art 45 leemos: “Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas”.

Cada uno de estos supuestos exigiría un análisis exhaustivo, pero para los efectos de esta investigación nos limitaremos al que consideramos más relevante: el de las zonas francas. Actualmente en el Perú hay cinco: en Paita (Piura), Ilo (Moquegua), Matarani (Arequipa), Puno y Tacna. En estas zonas geográficas es posible contratar personal de manera temporal a través de contratos a plazos que pueden ser renovados y no se pone ningún límite a la autonomía de la voluntad para pactar las remuneraciones y condiciones de trabajo⁽⁹⁾.

De acuerdo al art. 23 de la Constitución, “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Sin embargo, al haberse establecido la libre contratación temporal, sin causa que la justifique, indirectamente se ha privado a todos los trabajadores de esos lugares a la protección prevista en el art. 27 de la Constitución para los casos de despido arbitrario. Asimismo, los derechos laborales fundamentales de remuneración mínima, jornada máxima, descansos diarios, semanales y anuales remunerados, libertad sindical, negociación colectiva y participación en las utilidades (arts. 24 a 29 de la Constitución) han devenido en inoperantes al haberse privilegiado la autonomía de la voluntad, convirtiendo así aparentemente en renunciables, tanto los derechos previstos en la Constitución como en las leyes laborales. No obstante, es evidente que pactar condiciones laborales por debajo del piso mínimo establecido por la Constitución es un acto viciado de nulidad, que no puede tener eficacia jurídica.

Los regímenes especiales configurados por la propia LPCL son los siguientes:

1. **Trabajadores a tiempo parcial:** De acuerdo al art. 4 se pueden celebrar sin limitación alguna “contratos en régimen de tiempo parcial”, pero con un requisito indispensable: que sean por escrito. En consecuencia, si el contrato es verbal se presume que es a jornada completa, salvo que el empresario pueda demostrar fehacientemente que el trabajador labora menos horas que las de la jornada ordinaria de la empresa. Ahora bien, siguiendo al antiguo aforismo jurídico: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* –“no podemos distinguir donde la ley no distingue” – se puede afirmar que el régimen de tiempo parcial se constituye cuando se labora menos horas que las establecidas para la jornada ordinaria de la empresa. En consecuencia no es legítimo identificarla con la media jornada: puede haber jornadas parciales mayores a ese promedio, pero inferiores al de la jornada ordinaria.

Los trabajadores bajo este régimen, conforme se deduce de la lectura *contrario sensu* del art. 22⁽¹⁰⁾, no tienen la protección contra el despido arbitrario

(9) Ver Leyes 26788, 27825, 29014, 28599, 28569.

(10) “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta

establecida en la LPCL cuando laboran menos de cuatro horas diarias para un empleador. Si bien es cierto la mayor parte de la doctrina académica acepta pacíficamente la desprotección de estos trabajadores⁽¹¹⁾, entendemos que el mandato del art. 27 de la Constitución⁽¹²⁾ es de carácter universal, es decir, para todo aquella persona que tenga la calidad de trabajador. Una vez más es aplicable el aforismo latino antes citado y, consecuentemente, es inconstitucional excluir a un trabajador de un derecho reconocido en la Constitución porque se trataría de una discriminación sin fundamento objetivo.

Estos trabajadores también están excluidos del derecho a vacaciones, a tenor de lo establecido en el Reglamento del Dec. Leg. 713, esto es el D.S. 012-92-TR, que establece como requisito para gozar de este beneficio alcanzar la jornada mínima de cuatro horas. Esta disposición es también inconstitucional, porque todos los trabajadores del Perú tienen derecho no solo al descanso semanal remunerado, sino también al anual, que equivale al de vacaciones⁽¹³⁾. El desarrollo legislativo de estos derechos, al igual que ocurre con el de la protección contra el despido arbitrario no puede contener la exclusión de trabajador alguno, sea cual sea el régimen laboral bajo el cual trabaje⁽¹⁴⁾. La aplicación directa del Convenio 52 de la OIT por ser parte del Derecho interno al haber sido ratificado por el Estado, les confiere un mínimo de siete días de descanso anual remunerado por cada año de servicios.

Por otro lado, habría que precisar que el Reglamento, es contrario al Dec. Leg. 713 que regula el derecho sin exclusiones. Por lo tanto, por el principio de jerarquía normativa y el de no discriminación esta disposición reglamentaria no debe seguir aplicándose.

2. **Trabajadores de dirección y confianza:** Se denomina personal de dirección a “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Y son calificados como trabajadores de confianza, aquellos “que laboran en contacto personal

del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

- (11) Ver por todos, ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. (Lima: Palestra, 2005) 297-319, BOZA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Derecho Individual de Trabajo*, II vols. (Lima: Rodas, 1998) vol. I, RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*, 4ª ed. (Lima: Edial, 1995) pp. 73-77.
- (12) “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.
- (13) “Artículo 25.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y 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”.
- (14) Por las razones anotadas resulta inconstitucional negar el derecho al descanso semanal remunerado. Opina en contrario, CAMPOS TORRES, Sara Rosa. *Regímenes Laborales Especiales* (Lima: Gaceta Jurídica, 2009) p. 206.

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. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales” (LPCL, art 43).

El régimen especial de estos trabajadores afecta tres derechos laborales: los de protección contra el despido arbitrario, derecho de sindicalización y negociación colectiva.

Tanto los trabajadores de dirección como los de confianza pueden tener un periodo de prueba mayor al general, que es de tres meses. En consecuencia, la protección contra el despido arbitrario la pueden alcanzar hasta un año o seis meses, respectivamente, del inicio de sus contratos de trabajo⁽¹⁵⁾.

También son afectados sus derechos colectivos en cuanto que solo pueden afiliarse a un sindicato si los estatutos de este los autoriza y no se benefician de las negociaciones colectivas de su ámbito (TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D.S. 010-2003-TR, arts. 12 b) y 42).

- 3. Trabajadores a domicilio:** Este régimen se encuentra regulado en los artículos 87 a 96 de la LPCL. El primero de estos artículos establece el ámbito subjetivo al definir como trabajo a domicilio “el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador”. La regulación de este régimen, a diferencia de los anteriores, es más prolija porque la LPCL dedica el Título Sexto, a regular los derechos laborales, que por el modo de prestación del trabajo exige un tratamiento diferenciado y que son los siguientes:
- a. Criterio vinculado a la producción para establecer la remuneración y tope del 25% para su retención esta, en caso de pérdida o deterioro de los materiales por culpa del trabajador hasta completar el total del valor (art. 90)
 - b. Los contratos deben celebrarse por escrito y en triplicado. Una copia se remite a la Autoridad Administrativa de Trabajo para fines de su registro (art. 91).
 - c. El empleador debe llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador, que sustituye para todos los efectos al

(15) “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección” (LPCL, art. 10).

libro de planilla de remuneraciones del régimen laboral común (art. 93). El contenido del Registro se detalla en la LPCL (art. 93).

- d. Se establece un régimen particular para el goce de tres derechos sociales: remuneración por Primero de Mayo, vacaciones y compensación por tiempo de servicios. (art. 94).
- e. Estos trabajadores gozan de todos los derechos establecidos con carácter general para los trabajadores de la actividad privada, como son el seguro de vida (Dec. Leg. 688) y el de ser asegurados obligatorios tanto del sistema de seguridad de salud como de pensiones.

4. Trabajadores que laboran en virtud de contratos intermitentes y de temporada: Quienes celebran estos contratos sujetos a modalidad ven afectados los algunos de sus derechos laborales, en atención a la peculiaridad de los tiempos de prestación efectiva del trabajo. El tratamiento especial se refiere a:

- a. Tiempo de servicios y derechos sociales: se determinan en función del tiempo efectivamente laborado (art. 66).
- b. Derecho preferente de contratación: en el caso de los servicios intermitentes, puede consignarse en el contrato primigenio que operará en forma automática (art. 64). Cuando se trate de contratos de temporada, cuando un trabajador es contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas, tiene derecho a ser contratado en las temporadas siguientes (art. 69). Este derecho caduca a los quince días de iniciada la temporada (art. 70).

a) Regímenes especiales no regulados en la LPCL

Hemos comprobado que existe una declaración genérica de reconocimiento de otros regímenes laborales (arts. 45 y 81 **in fine**) y la remisión expresa a tres de ellos: el de las empresas de exportación no tradicional, el de las zonas francas y el que surja por la celebración de contratos de naturaleza temporal por una modalidad no prevista en la LPCL.

Estos regímenes si bien tienen autonomía están sujetos a las disposiciones de los Capítulos V y VIII del Título II de la LPCL en forma supletoria, siempre y cuando no sean contrarios a su normativa específica. Estos Capítulos regulan los requisitos formales para la validez de los contratos y los derechos y beneficios de estos trabajadores, respectivamente.

En relación al primer punto, hay que destacar que los requisitos formales son dos: el contrato debe constar necesariamente por escrito y extenderse por triplicado.

Esta exigencia no es contraria a las normativas específicas y a quien interesa tener prueba de la existencia del régimen especial es al empleador y, por lo tanto, de la temporalidad del servicio y de la peculiaridad de los derechos y beneficios.

Es requisito concurrente que en el contrato se precise en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral (art. 72). Jurisprudencia reiterada del TC ha reafirmado la necesidad de que la causa objetiva que se invoca como fundamento de la temporalidad de la contratación sea cierta y comprobable. De allí que si se comprobase que las labores realizadas por el trabajador eran de naturaleza permanente y no temporal, porque la actividad que realizaba preexistía en el centro de trabajo, se habría producido una desnaturalización del contrato, “por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces como uno sujeto a plazo indeterminado, según el cual el demandante solamente podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral⁽¹⁶⁾. Y, consecuentemente, el TC se ha pronunciado por la reposición de quien fuera despedido en forma incausada por lesionar su derecho al trabajo.

El Capítulo VIII está formado por un único artículo, el 79, que a la letra establece: “Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”.

Esta disposición es coherente con el principio de igualdad y no discriminación. En consecuencia, la exclusión de determinados derechos y beneficios deberá ser autorizada por la Ley que crea el régimen especial pero nunca podrán ser inferiores a los reconocidos en la Constitución.

De los regímenes laborales no mencionados expresamente podemos distinguir entre aquellos que establecen un ámbito en relación a los sujetos (subjetivo) y otro, en relación a la actividad a realizar (objetivo).

I. Ámbito subjetivo:

1. **Trabajadores extranjeros:** D. Leg. 689 y su Reglamento, D.S. 014-92-TR. y Dec. Leg. 855.
2. **Menores y adolescentes:** Ley 27337 y R.M. 128-94-TR, que regula la Autorización de Trabajo del Adolescente.

(16) Exp. 03955-2008-PA/TC, f.j. 8.

3. **Madre trabajadora:** Normas dispersas sobre derecho de descanso pre y post natal (Ley 26444), subsidio por lactancia (Ley 26790), permiso por lactancia (Ley 27240 y 27403)), protección de la salud de la gestante y del embrión y feto (Ley 28048 y su Reglamento, D.S. 009-2004-TR).
4. **Discapacitado:** Ley General de de la persona con discapacidad (Ley 27050) y su Reglamento, D.S. 003-2000-PROMUDEH y Registro de Empresas Promocionales para personas con discapacidad (D.S. 001-2003-TR).
Lustrabotas: Ley 27475 y su Reglamento, D.S. 006-2002-TR.
5. **Porteador:** Ley 27607 y su Reglamento, D.S. 010-2002-TR.
6. **Artista:** Ley 28131 y su Reglamento, D.S. 058-2004-PCM
7. **Psicólogo:** Ley 28369
8. **Futbolistas profesionales:** Ley 26566.
9. **Trabajador migrante andino:** Decisión N°545 y Resoluciones Ministeriales 279-2004-TR y 009-2006-TR.
10. **Aprendiz del SENATI:** Dec. Ley 20151 y D.S. 012-74-IT/DS.

II. **Ámbito objetivo:**

1. **Trabajadores del sector agrario:** Leyes 27360 (normas de Promoción del Sector Agrario) y 27460 (Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura) y sus respectivos Reglamentos: D.S. 049-2002-AG y D.S. 030-2001-PE.
3. **Trabajadores de construcción civil:** Existen diversas normas, algunas muy antiguas (14.VII.1946) y Convenios Colectivos a nivel del sector.
4. **Trabajadores del hogar:** Ley 27986 y D.s. 015-2003-TR
5. **Mineros:** Se ha regulado el Ingreso Mínimo Minero desde 1989, mediante D.S.. También se ha promulgado la Ley 25009 sobre la jubilación de estos trabajadores, con su Reglamento, D.s. 029-89-TR.
6. **Profesores de centros particulares:** Ley 24029 (Ley del Profesorado) y su Reglamento, D.S. 019-90- TR y D.S. 012-92-TR.
7. **Médicos cirujanos dentistas, obstetricas, enfermeras:** D. Leg. 559 y su Reglamento, D. S. 024-2001 SA. (Médicos) ; Ley 27878 y su Reglamento (Cirujanos Dentistas). Ley 27853 y su Reglamento (Obstetriz) y Ley 27669 y su Reglamento D.S. 004-2002 SA (enfermero).
8. **Trabajadores portuarios:** Ley 27866 y su Reglamento (Trabajo portuario) D.S. 013-2004-TR y Ley 27943 (Sistema Portuario Nacional) y su Reglamento, D.S. 003-2004-MTC.

9. **Trabajadores pesqueros:** La Ley 27979 estableció un régimen remunerativo semanal, de carácter cancelatorio para los trabajadores de la industria pesquera de consumo humano.
10. **Trabajador de restaurantes y hoteles:** Quinta Disposición Complementaria del Dec. Ley 25988.
11. **Profesor universitario:** Ley 23733.
12. **Trabajadores de la micro y pequeña empresa:** Ley 28015 y su Reglamento, D.S. 009-2003-TR. A diferencia de los anteriores el factor de especialidad no responde al giro del negocio sino al volumen económico que genera.

II. FUNDAMENTO DE LA TIPIFICACIÓN

La relación de regímenes especiales antes realizada pone de manifiesto que el fundamento que justifica la inclusión o exclusión de algunos trabajadores en el régimen ordinario o común es heterogénea. Sin embargo, podríamos concluir, de modo similar a como lo hizo el Tribunal Constitucional español en la STC 56/1988, de 24 de marzo, que la diversidad normativa –salvo la relativa a la de las pequeñas y medianas empresas– puede atribuirse “a las especiales características del trabajo que cada norma viene a regular, bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que realizan”⁽¹⁷⁾.

La mayoría de estos regímenes establece menores derechos que los del régimen general laboral, como sucede en el caso de los trabajadores de pequeñas y medianas empresas, pero en otros la legislación les otorga una mayor protección, v.gr. madre trabajadora, discapacitados⁽¹⁸⁾.

En cualquier caso, no se puede perder de vista que en todos los supuestos nos encontramos ante verdaderos y propios contratos de trabajo, siendo por lo tanto imprescindible que concurren sus presupuestos básicos (trabajo personal, libre, subordinado y remunerado). A la vez, se debe reconocer que a la función económico-social típica del contrato de trabajo el legislador ha visto necesario tutelar otros intereses que son esenciales para el auténtico desarrollo humano, como son el derecho a la maternidad y a la vida del concebido, la solidaridad social, que conduce a establecer los cauces para que los discapacitados puedan desarrollar su personalidad y

(17) No obstante, la doctrina laboral más autorizada considera que la categoría de relaciones laborales especiales es “eminente y jurídicamente positiva y a veces artificiosa” y que la razón de su existencia es prácticamente “inescrutable”. Cfr. MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 39.

(18) Algo similar ocurre en el Derecho español, por todos, ver SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “Relación laboral de carácter especial,” in *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, ed. Antonio V. Sempere Navarro / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación) (Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Civitas. Thomson Reuters, 2009), 1193.

ser útiles socialmente con el ejercicio de un trabajo, o atender a la mayor penalidad de ciertos trabajos, como es el caso de la minería o la construcción civil.

III. IGUALDAD Y ESPECIALIDAD: LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

La Constitución consagra como uno de los principios de la relación laboral la igualdad de oportunidades sin discriminación (art. 26.2), que concreta, en el ámbito laboral, el derecho fundamental de no discriminación⁽¹⁹⁾.

El TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de estos principios en dos regímenes especiales: el agrícola y el de las PYMES, con motivo de la acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Ica, contra el Título II de la Ley N° 27360, que establece un régimen laboral especial para el sector agrario.

El Tribunal aclara que el respeto al principio de igualdad proscribiera todo trato discriminatorio, pero no así el tratamiento diferenciado, “que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen”⁽²⁰⁾. En cambio, cuando hay razones objetivas, que se siguen a la naturaleza de las personas y de las cosas, la desigualdad en el trato será el único mecanismo para asegurar una regulación acorde con la naturaleza de las cosas y de las personas. De allí que sea precisamente el derecho a la igualdad, el que exija tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”, pero siempre a la luz del deber de no discriminación y del de igualdad de oportunidades.

En similar sentido se ha pronunciado su homólogo español al declarar que es posible un trato diferenciado “siempre que ello esté justificado por las características especiales de cada trabajo” y que, en el caso de las relaciones laborales especiales no puede afirmarse que el legislador haya establecido estatutos diferenciados por motivos arbitrarios o irrazonables, sino que se ha apoyado sobre una “diferencia material o sustancial previa”, que se aprecia “bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que se realizan” ([STC 56/1988 de 24 de marzo y 3 y 79/1983 de 5 de octubre).

Volviendo a la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad de régimen agrario, encontramos que el TC ha resumido en cuatro los criterios que justifican la existencia del régimen agrario, aún cuando objetivamente otorga menores derechos a los trabajadores agrícolas. Esos criterios son:

(19) “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (art. 2.2)

(20) Exp. N° 00027-2006-PI, f.j. 4.

- a. Los derechos fundamentales del régimen laboral común establecidos en la Constitución, constituyen la base sobre la que se consagra el régimen laboral agrario y son materia de tutela en procesos constitucionales en caso de no respetarse;
- c. La Ley N° 27360 tiene una vocación de temporalidad que no se debe perder de vista: su extinción está prevista para el año 2021;
- d. El Estado, a través del servicio público de la Inspección del Trabajo tiene la responsabilidad de velar para que las condiciones socio laborales de regímenes especiales, como es la del sector agrario, se cumplan adecuadamente.
- e. El régimen agrario puede tener como punto de partida un piso menor al del régimen general, pero con la tendencia a lograr una equiparación en las condiciones económicas y de régimen de descanso, que permita alcanzar un trabajo cada vez más “decente”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario, equipara el Régimen Agrario al de las PyMES y concluye que ambos respetan las disposiciones constitucionales sobre remuneración, jornadas máximas y descansos mínimos, así como la indemnización por despido arbitrario, porque se adecuan a la realidad jurídica que regulan, que justifica tratamientos legislativos diversos. En consecuencia, queda también en evidencia que el régimen de las zonas francas no puede tener esta misma calificación ya que las leyes pertinentes dotan de total autonomía a las partes para fijar las condiciones económicas y de trabajo en los contratos de trabajo, sin hacer ninguna referencia a los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Finalmente, el Convenio 111 de la OIT, sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, que ha sido ratificado por nuestro país, no contiene disposiciones que limiten su ámbito de aplicación personal o profesional. Por eso, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que el objeto de ese instrumento es “proteger a todas las personas de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación”⁽²¹⁾. Esta obligación incumbe en primer lugar a los poderes públicos, que deben aplicar “en todas sus actividades una política nacional de empleo sin ejercer discriminación alguna”⁽²²⁾, conforme lo establece los artículos 2 y 3 del Convenio 111.

IV. CONCLUSIONES

Los regímenes especiales laborales son compatibles con el orden constitucional cuando se respetan los derechos fundamentales en ella reconocidos: este es el mínimo indispensable para su vigencia.

(21) COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*, ed. Informe III (Parte 4B) (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996) n.19.

(22) *Ibid.* n.67.

En el caso que un régimen especial otorgue menores derechos que los reconocidos al resto de los trabajadores esas disposiciones solo serán válidas en la medida en que sean temporales y se ordenen a lograr la plena equiparación de derechos en el futuro.

La LPCL reconoce la existencia de regímenes laborales con autonomía legislativa y, a la vez, establece algunos regímenes especiales en su propio articulados.

Algunos regímenes especiales actualmente vigentes son contrarios al orden constitucional por no respetar los mandatos constitucionales ni los Convenios de la OIT, en materia de vacaciones y de no discriminación que, al haber sido ratificados por el Estado peruano, forman parte del Ordenamiento nacional. Son especialmente clamorosos los casos de los trabajadores a tiempo parcial y los de zonas francas, aunque existen otros regímenes cuestionables no mencionados ni analizados en esta oportunidad

Por un principio de seguridad jurídica es indispensable que el Estado regule adecuadamente los regímenes laborales especiales, porque el desarrollo económico no se puede hacer a costa del desarrollo social, ya que el fin del Estado no es la productividad ni la generación de riqueza sino la defensa de la dignidad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2005.
- BOZA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Derecho Individual de Trabajo*. II vols. Rodas, Lima, 1998.
- CAMPOS TORRES, Sara Rosa. *Regímenes Laborales Especiales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*. Editado por Informe III (Parte 4B). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.
- GARCÍA VALVERDE, M^a DOLORES. “Relaciones laborales especiales”. en *Derecho del Trabajo*, editada por José Ignacio García Ninet (Director) / Arántzazu Vicente Palacio (Coordinadora), 711-42. Thomson&Aranzadi, Pamplona, 2008.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. / SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 7^a ed. Thomson–Aranzadi, Pamplona, 2007.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*. 4a ed. Edial, Lima, 1995.

- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. “Relación laboral de carácter especial”. en *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, editada por Antonio V. Sempere Navarro / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación), 1191-95. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Civitas. Thomson Reuters, 2009.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD^(*)

*Christian Sánchez Reyes^(**)*

A la memoria de mis padres, Rómulo y Carlota

El 28 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1057 con el objeto de regular el régimen especial de contratación administrativa de servicios –CAS– y así, según expresa la exposición de motivos de dicha norma, garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

Dicha norma incorpora la figura del “contrato administrativo de servicios”, que es un contrato *sui generis*, creado como figura jurídica propia del Derecho Administrativo y de uso privativo del Estado, a través de sus diversas reparticiones, instituciones y entidades, aún aquellas cuyo régimen laboral es, por excepción, el de la actividad privada.

El régimen de contratación de personal en el estado creado por esta norma consolida en una sola figura jurídica, denominada “contrato administrativo de servicios”, las diversas modalidades de contratación en las que existe una prestación de servicios no autónomos o subordinados ejecutada por personas naturales pero no contempladas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en algún régimen de carrera especial ni en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(*) El presente artículo ha sido elaborado sobre la base de un informe entregado a la Presidencia del Consejo de Ministros en el mes de octubre del 2009.

(**) Abogado. Profesor del Curso “Regímenes Laborales Especiales” de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se han presentado un conjunto de problemas que pretendemos abordar en el presente artículo, vinculados principalmente a: a) la necesidad de definir la naturaleza jurídica de las labores reguladas por dicho régimen; b) el análisis de la constitucionalidad del régimen CAS en relación al principio de igualdad, y c) un conjunto de problemas de interpretación generados a partir del trato diferenciado introducido por el nuevo régimen del CAS.

No abordaremos en este trabajo el análisis de la constitucionalidad formal del Decreto Legislativo N° 1057 pues esta materia, no menos importante, excede los alcances del presente artículo.

A continuación desarrollamos estos problemas y platearemos una alternativa general de solución para cada uno de ellos.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS REGULADA POR EL CAS

Este primer punto es trascendental en el análisis de los problemas que trataremos luego, y es que solo a partir de una correcta definición de la naturaleza de los servicios comprendidos en este novedoso régimen, podremos abordar con una mejor perspectiva el análisis y solución de los problemas posteriores.

El CAS, si bien es una modalidad especial y propia del derecho administrativo, no altera la naturaleza jurídica del vínculo contractual que regula entre una entidad del Sector Público y una persona natural.

La aparente confusión que surge al momento de precisar la naturaleza jurídica de la prestación de servicios que regula el CAS, parece tener su origen en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057:

“Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios.- El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen en forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad”. (las cursivas son nuestras)

El primer párrafo del citado artículo no hace más que señalar que el régimen CAS es una modalidad especial, propia del derecho administrativo y privativa del Estado, no define este párrafo la naturaleza jurídica de las prestaciones de servicios que regula dicho régimen como sí lo hace el segundo párrafo al señalar expresamente que el régimen CAS no se aplica a los contratos de consultoría o asesoría

siempre que se desarrollen de manera “autónoma”. Por su parte, el artículo 7 de la misma norma señala:

“Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil.- Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrir en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado”. (el subrayado y las cursivas son nuestros)

Una interpretación sistemática de ambos artículos permite concluir que el vínculo contractual antes mencionado regula una prestación personal de servicios desarrollada de manera dependiente o subordinada⁽¹⁾ (*no autónoma*⁽²⁾ que es equivalente a subordinada) a través de la cual la persona contratada se somete al poder de dirección de la entidad y desarrolla su actividad conforme a los parámetros previamente designados por ella. Algunos elementos que tomamos en consideración para reforzar la naturaleza subordinada del CAS:

- Su naturaleza jurídica se desprende de la interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 3 y 7 del decreto legislativo N° 1057⁽³⁾

(1) “La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales de este concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima, 2004

(2) “El trabajo que interesa al Derecho del Trabajo es únicamente el que se cumple por cuenta ajena. Pero la regulación de este sector no le corresponde en exclusiva al Derecho del Trabajo, aunque sí la del subsector compuesto por quienes se vinculan con el tercero en forma subordinada (como veremos en el punto 1.3.2). Los otros subsectores, integrados por sujetos que se desempeñan con autonomía, los regula el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. Esta circunstancia ya excluye de partida del ordenamiento laboral en nuestro país, dada la estructura de la población económicamente activa, a alrededor del 60% de esta, que se ocupa en labores por cuenta propia: campesinos, ambulantes, artesanos, etc”. “(...)En el trabajo por cuenta ajena (como ya vimos en el punto 1.2.3), dos individuos tienen entre sí un vínculo jurídico previo a la elaboración del producto, que hace titular de este al tercero. Pues bien, ese vínculo puede ser subordinado o autónomo, según la posición de uno de los sujetos respecto del otro. El primero, le permite al acreedor de trabajo dirigir la prestación del deudor; en el segundo, en cambio, este último dirige su propia prestación”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima, 2004

(3) Decreto Legislativo N° 1057: “Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios.- El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. La presente norma *no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen en forma autónoma*, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad”.

“Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil.- Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrir en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado”.

- Es definido como un contrato que regula prestaciones de servicios no autónomas, esto es, subordinadas
- Se regula en oposición a los contratos que regulan prestaciones de servicios autónomas o no subordinadas, como son los contratos de consultoría o asesoría
- Se establece el derecho a una jornada máxima, descanso físico semanal, descanso anual remunerado, se incluye a los CAS como afiliados regulares del régimen contributivo de la seguridad social en salud, se les otorga a posibilidad de afiliarse a un sistema pensionario, la posibilidad de imponer sanciones a los trabajadores contratados a través de un CAS por incumplimiento en la prestación de servicios (indicio del poder disciplinario de un empleador⁽⁴⁾), todos ellos son rasgos que “laboralizan” la prestación de servicios y ratifican su naturaleza subordinada

Como bien reconoce la doctrina laboral y civil, existen dos grandes modalidades de prestación personal de servicios: el contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios; el régimen de contratación administrativa de servicios, por su naturaleza, regula una prestación personal de servicios dependiente con todas las consecuencias jurídicas que dicho régimen genera.

En atención a lo señalado, el régimen del CAS regula una relación jurídica de naturaleza laboral de carácter especial, diferenciada del contrato de trabajo regulado por el régimen laboral de la actividad privada y de la regulación del régimen público general y de aquellos regímenes de carrera especial.

Antes de pasar al análisis de la constitucionalidad del régimen CAS en relación al principio de igualdad, abordaremos un conjunto de problemas de interpretación generados a partir del trato diferenciado introducido por el nuevo régimen del CAS.

II. LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y LOS VACÍOS NORMATIVOS GENERADOS POR UN INADECUADO TRATAMIENTO NORMATIVO DEL RÉGIMEN CAS

Los problemas jurídicos que presenta el régimen CAS pueden ser agrupados en dos categorías: a) problemas de interpretación (una norma con más de un

(4) “El poder de dirección que el empleador adquiere a partir del contrato de trabajo, se plasma en algunas atribuciones y se somete a ciertos límites, como veremos a continuación. En lo que se refiere al contenido del poder de dirección, según la doctrina este le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. De modo similar define la subordinación la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 9. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa (incorporadas comúnmente al reglamento interno de trabajo, al que nos referiremos en el punto 2.3.5), como de forma específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello”. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, 2004

sentido interpretativo) y b) vacíos normativos (ausencia de una norma jurídica que regule un caso concreto)⁽⁵⁾.

Estos problemas de interpretación y vacíos normativos son de suma gravedad y ponen en serio peligro la adecuada gestión de los recursos humanos en la administración pública, además de colocar innecesariamente a la administración en un dilema mayor: optar por la aplicación irrestricta del principio de legalidad o asumir un rol de intérprete conforme a la Constitución en salvaguarda del principio de supremacía de la norma constitucional, papel que para nuestra administración ha sido históricamente muy difícil de cumplir por las condiciones propias de su incipiente desarrollo y profesionalización.

Debemos advertir que las lagunas que se presentan a partir del texto del Decreto Legislativo N° 1057, resultan ser lagunas normativas de nivel legal, es decir, presentes en una norma con rango de ley. A pesar de ello, como analizamos más adelante, existen un conjunto de derechos laborales reconocidos constitucionalmente y de aplicación directa a los trabajadores a partir de su reconocimiento constitucional como derechos fundamentales.

Frente a los vacíos jurídicos presentados, se deben elaborar interpretaciones que refuercen el principio de coherencia normativa⁽⁶⁾ y de fuerza normativa de la Constitución⁽⁷⁾, todo ello para uniformar y armonizar la aplicación de las normas

(5) “Las normas son producidas para regular hechos. Pero en esta lógica pueden suceder diversas hipótesis. Ellas están enunciadas en el cuadro adjunto, y son las cuatro siguientes: que no haya norma aplicable, que haya una única, que haya una relacionada con otra o que haya varias a la vez. Si no hay norma aplicable se configura una laguna y tenemos que acudir a alguno de los métodos de integración que nos permiten construir una respuesta para el hecho. Si hay una única norma aplicable, estamos ante una hipótesis de aplicación bastante sencilla, salvo que su interpretación se dificulte. Si hay una norma relacionada con otra, debemos resolver primero esta relación, para luego aplicar la norma apropiada al hecho. Por último, si hay varias normas simultáneamente aplicables, tenemos una concurrencia no conflictiva entre ellas y, por lo tanto, se utilizan todas conjuntamente”.

(6) “Apuntala la normatividad sistemática del orden jurídico, que consiste en considerar al Derecho como un sistema y a este como un conjunto de partes interrelacionadas y que rigen su relación por principios comunes. En el derecho como sistema, las diversas normas son consonantes entre sí y trabajan armónicamente. Solo en caso de no poderse encontrar un vínculo entre ellas, cuando son antagónicas, quien trabaja en el Derecho debe elegir una de las dos y desechar la otra (aplicando las reglas de la jerarquía de normas, o bien qué norma posterior prima sobre una norma anterior, o bien qué norma especial prima sobre una norma general, etc.) En cualquier caso y salvo las circunstancias excepcionales indicadas al final del párrafo anterior, el Derecho debe buscar que sus diferentes normas sean coherentes y armónicas entre sí. Como indica la sentencia citada, dos son los elementos que permiten hacer este trabajo: -La coherencia normativa, que consiste en trabajar la armonización de las normas entre sí. - La jerarquía de las normas dentro del sistema, porque, como es obvio, una norma superior siempre primará sobre una norma inferior (lo que está expresamente establecido en el artículo 51 de la Constitución. Hay que notar que estos dos principios no son excluyentes entre sí y que, ante sbien, trabajan conjuntamente. Ello quiere decir que, respetando la jerarquía de normas jurídicas, siempre se deberá buscar la coherencia entre ellas. Esto es exigible cuando las normas tienen la misma jerarquía, pero también cuando esta es distinta”. RUBIO CORREA. Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, pp. 111-112.

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico N° 12: “*El principio de fuerza normativa de la Constitución*: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente.

que regulan el régimen del CAS en todas las entidades de la Administración Pública, a efectos de que no existan discrepancias en su aplicación y que se respeten los derechos reconocidos constitucionalmente a todo el personal contratado bajo dicho régimen. El primer esfuerzo está orientado a armonizar su contenido con la Constitución y el “bloque de constitucionalidad”⁽⁸⁾ que componen las normas que se integran a la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce.

Frente a este conjunto de problemas de interpretación e integración, establecimos algunos ejes centrales que servirían de guías para la labor interpretativa e integradora que describiremos más adelante.

III. NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE APLICABLES A TODA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SUBORDINADA

El marco constitucional que define el conjunto de derechos previstos para todo trabajador (persona que desarrolla una prestación personal de servicios subordinada) tiene como sustento constitucional lo establecido en los artículos 23⁽⁹⁾ y 51⁽¹⁰⁾ de la Constitución.

A partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, quedando comprendidos los que le corresponden al trabajador como tal (denominados por la doctrina derechos laborales específicos, como la libertad sindical o la estabilidad

Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”.

- (8) Sobre el particular el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico VII de la sentencia recaída en el expediente N° 053-2004-AI/TC ha señalado: “En anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el contenido del parámetro de constitucionalidad, señalando que el mismo “(...) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la regulación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. (STC N° 007-2002-AI/TC y STC N° 0041-2004-AI/TC). Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o Bloque de la Constitucionalidad, tiene como antecedente inmediato el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que hoy se incorpora en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación, cuyo tenor es: “(...) para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (Subrayado nuestro). En estos casos, las infracciones directas a las normas que conforman el parámetro de constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la jerarquía normativa de la Constitución, como lo prevé el artículo 75 del Código Procesal Constitucional”.
- (9) Constitución, artículo 23: “Artículo 23.- El Estado y el trabajador. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.
- (10) Constitución, artículo 51: “Artículo 51.- Supremacía de la constitución. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...)”

laboral como parte del contenido esencial del derecho al trabajo) como aquellos que le corresponden por el hecho de ser persona (denominados derechos laborales inespecíficos, como es la libertad de expresión). La aplicación de estos derechos constitucionales no puede ser limitada por ninguna norma.

Conforme al artículo 23 de la Constitución, los derechos laborales reconocidos a todo trabajador tienen aplicación directa por tratarse de derechos fundamentales, a esta conclusión arribamos a partir de una interpretación del texto constitucional en base a los principios de coherencia normativa, fuerza normativa de la Constitución y concordancia práctica⁽¹¹⁾.

Así, por ejemplo, el derecho constitucional a la libertad sindical, si bien no está expresamente reconocido en el Decreto Legislativo N° 1057 configurando una laguna a nivel legal, al encontrarse previsto en la Constitución resulta de aplicación directa junto con lo dispuesto por el Convenio N° 87 de la OIT que regula libertad sindical, conformando un bloque de constitucionalidad en tanto las normas internacionales, según lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁽¹²⁾, sirven de marco interpretativo del contenido constitucional de los derechos reconocidos por la Constitución⁽¹³⁾.

-
- (11) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, PIURA “**El principio de concordancia práctica**: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)”.
- (12) En la sentencia recaída en el expediente N° 00218-2002-HC/TC, el Tribunal constitucional ha señalado que “*De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región*”.
- (13) Es pertinente mencionar que a fines del años 2008 la Central Autónoma de Trabajadores del Perú –CATP– presentó una queja ante El Comité de Libertad Sindical –CLS– de la OIT en tanto la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Región Ucayali denegó el registro de un sindicato de trabajadores por que el mismo estaba integrado por trabajadores contratados bajo el régimen del CAS, señalando que estos no se encuentran sujetos a ningún régimen laboral. Sobre el particular el CLS señaló: “*El Comité desea recordar que el Convenio núm. 87 y más concretamente el derecho de constituir organizaciones se aplica a todos los trabajadores «sin ninguna distinción» con la sola posible excepción de las fuerzas armadas y la policía y considera, por lo tanto, que los trabajadores de la limpieza de la Municipalidad de Coronel Portillo, deberían disfrutar de las garantías del Convenio. Todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir las organizaciones de su elección y a afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes trabajadores contratados temporalmente o, trabajadores temporeros [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 255]. El Comité expresa pues la firme esperanza de que las autoridades tendrán plenamente en cuenta este principio en el examen que están realizando sobre el derecho de sindicación del personal de las entidades públicas contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios y de que la decisión que tome el Gobierno será adoptada sin demora y permitirá a los afiliados al Sindicato de Trabajadores de*

Ahora bien, para la regulación del derecho constitucional debemos recurrir, por analogía, a las normas del régimen laboral privado por ser de naturaleza similar a la del régimen laboral del CAS, no siendo posible integrarlas recurriendo al régimen laboral público pues este último tiene una naturaleza distinta al regular un régimen de carrera administrativa. La aplicación analógica, en todo caso, debe siempre aplicarse respetando la naturaleza similar de la institución jurídica no regulada y la regulada⁽¹⁴⁾.

IV. EL RÉGIMEN CAS Y EL DERECHO-PRINCIPIO A LA IGUALDAD

El punto de partida para el análisis de este punto tiene directa relación con el trato diferenciado que introduce el régimen CAS entre los trabajadores de la administración pública al constituirse en un régimen de contratación de prestaciones personales de servicios subordinadas diferenciado del régimen laboral de la actividad privada y pública y de cualquier régimen de carrera especial.

De ahí que debemos analizar si esta diferenciación normativa obedece a criterios objetivos, es decir, si el trato diferenciado es constitucional o de lo contrario viola el principio-derecho a la igualdad⁽¹⁵⁾.

Servicios de la Municipalidad de Coronel Portillo obtener el registro. El Comité urge al Gobierno a que lo mantenga informado al respecto. Recomendación del Comité 892. En virtud de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe la recomendación siguiente: Recordando que los trabajadores de la limpieza de la Municipalidad de Coronel Portillo, deberían disfrutar de las garantías del Convenio núm. 87 y, en particular, del derecho de constituir organizaciones, el Comité expresa la firme esperanza de que las autoridades tendrán plenamente en cuenta este principio en el examen que están realizando las autoridades sobre el derecho de sindicación del personal de las entidades públicas contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios y de que la decisión que tome el Gobierno sea adoptada sin demora y permitirá a los afiliados al Sindicato de Trabajadores de Servicios de la Municipalidad de Coronel Portillo obtener el registro. El Comité urge al Gobierno a que lo mantenga informado al respecto”.

- (14) “La doctrina distingue entre la analogía y la interpretación extensiva. Hay muchas y muy diversas propuestas de diferenciación, entre las cuales nos resulta más convincente la elaborada por Díez-Picazo (1982: 283). Según este autor, estamos ante la analogía cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, y ante la interpretación extensiva, cuando nos movemos dentro de su marco institucional, pero ampliamos el supuesto de la norma. En ambos casos debe haber semejanza sustancial entre el elemento no regulado y el regulado, para poder emplear este para aquel. Atendiendo al criterio expuesto, hay utilización de la analogía si nos desenvolvemos en instituciones distintas. Por ejemplo, si una norma sobre vacaciones no establece si los días de ausencia por enfermedad se computan como trabajo efectivo para la percepción del beneficio, pero otra referida a la compensación por tiempo de servicios sí considera ese supuesto como computable para este beneficio, y se entiende que hay similitud entre ambos, puede conferirse también para el primero. En cambio, opera la interpretación extensiva si actuamos en la misma institución. Por ejemplo, si una norma reconoce el derecho a seguro contra accidentes a varios tipos de trabajadores mineros, pero no menciona a uno concreto. Si se constata la identidad entre esos supuestos, puede considerarse al último también comprendido en el beneficio”. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima. 2004.
- (15) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por el Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República, Exp. N° 00027-2006-PI, fundamentos jurídicos 1 y 2: “A nivel constitucional, se ha reconocido en el artículo 2, numeral 2) el principio-derecho a la igualdad, dentro del Capítulo correspondiente a los *Derechos Fundamentales de la Persona*, en el Título *De la Persona y de la Sociedad*: “Toda persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe

Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: a) promover condiciones para el progreso social y económico, para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; b) asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; c) asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento y d) proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

Precisamente, con apego a la cláusula de Estado Social, las medidas legislativas adoptadas de cara regular el empleo público no pueden estar divorciadas de los derechos reconocidos por la Constitución para todo trabajador y no pueden privar a estos del goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución.

Conforme lo hemos señalado anteriormente, debemos analizar si el trato diferenciado introducido por el régimen CAS es uno justificado por motivos o razones objetivas o si nos encontramos frente a un caso de vulneración al principio de igualdad ante la ley, determinando si los trabajadores contratados bajo el régimen CAS estarían siendo víctimas de un trato diferenciado no justificado frente al resto de trabajadores de la administración pública. Para ello utilizaremos el denominado test de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional⁽¹⁶⁾.

Conforme a dicho test, pasaremos a analizar el régimen CAS a la luz de sus tres sub principios: el de idoneidad o de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad.

En cuanto al primero de ellos, sub principio de idoneidad o adecuación, nos dice el Tribunal que el análisis de “(...) *toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente*

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquiera otra índole. 2. Con relación a la Igualdad, este Colegiado se ha pronunciado indicando que “(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

- (16) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0027-2006-AI, Colegio de Abogados de Ica vs. Congreso de la República, fundamento jurídico N° 73: “Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del *Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)*, indicando que “El *test* de razonabilidad o proporcionalidad (...) es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por lo tanto, violatorio del *derecho-principio* a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI (...)”.

legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada". (las cursivas son nuestras)

En primer lugar debemos señalar que el régimen CAS sí tiene directa incidencia en derechos constitucionales que corresponden a todos los trabajadores, pensemos por ejemplo en el carácter eminentemente temporal de la relación de trabajo que regula (incluso puede ser utilizado para realizar labores permanentes de la entidad) lo que afecta el principio de causalidad en la contratación temporal y la estabilidad laboral del trabajador como parte del contenido del derecho al trabajo.

También debemos destacar entre sus principales características: la supresión y no reconocimiento de la libertad sindical para los trabajadores del régimen CAS, la ausencia de regulación de la licencia por maternidad para las trabajadoras del régimen CAS, la ausencia de un mecanismo de protección contra el desempleo de los trabajadores del régimen (al carecer de Compensación por Tiempo de Servicios se les priva de este mecanismo de protección) y en el carácter no obligatorio de la afiliación de todos los trabajadores a un régimen de pensiones.

Todos ellos, son derechos de contenido eminentemente constitucional por estar vinculados a derechos reconocidos expresamente por nuestra Constitución para todos los trabajadores: la libertad sindical, la protección de la madre trabajadora en el caso de la licencia por maternidad, la protección contra el desempleo y el derecho a obtener una pensión, estos últimos vinculados al contenido de la seguridad social como instrumento protector contra las contingencias que afectan a los trabajadores. La intervención del régimen CAS en un conjunto de derechos que atañen a todos los trabajadores resulta evidente y reviste gravedad.

Sobre la legitimidad constitucional del objetivo que pretende alcanzar el régimen CAS es pertinente citar lo señalado por el TC en los fundamentos 1 y 2 de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, el cual indica:

“1.La materia regulada por la ley se refiere al empleo público, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado. Respecto al empleo público en el Perú, el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (creada por Decreto Supremo N° 004-2001-TR) presentado el 15 de julio de 2001, constató que existe un verdadero caos en la Administración Pública, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos. Del mismo modo, de la revisión de los cuadros estadísticos del mismo informe, este Tribunal comprueba la inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.

2. Asimismo, la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales⁽¹⁷⁾, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho. (Véase Verdades y Mitos, La Reforma del Empleo Público, Encarte de Derecho, El Peruano, 10 de mayo de 2005).

En tal sentido, la síntesis del Acuerdo Nacional de fecha 19 de abril de 2004, expresa en su punto 17 como una de las medidas de corto plazo a implementarse hasta el año 2006, que se debe establecer un sistema adecuado de la carrera pública y realizar un censo integral de todos los funcionarios que reciben pago por parte del Estado. Asimismo, en el Compromiso Político, Social y Económico de Corto Plazo del Acuerdo Nacional del 19 de abril de 2004, se dispone en el numeral 114 plantear un nuevo sistema de remuneraciones en el sector público.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional reconoce que le corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Establecidas estas premisas, procederemos a evaluar la constitucionalidad de las normas cuestionadas”. (las cursivas son nuestras)

Como se puede apreciar, la legitimidad constitucional de la medida se sustenta en la necesidad de regular el acceso al empleo público⁽¹⁸⁾ como también en la necesidad de revertir una situación de informalidad laboral de un conjunto de personas que prestaban servicios para la administración pública sin ningún estatuto que regule su prestación personal de servicios, privadas de un conjunto de derechos de naturaleza individual o colectiva y sin protección social, situación que se traducía en un evidente trato discriminatorio frente al resto de trabajadores subordinados que sí contaban con un régimen que regulara sus derechos y con un sistema de protección social en salud y pensiones.

(17) Según la información estadística que obra en el anexo I de este informe, tenemos que al 31 de diciembre del año 2007 existían en el sector público un total de 149,386 trabajadores contratados a través de contratos por servicios no personales.

(18) El Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en los expedientes N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados), que el derecho de acceso a la función pública tiene rango constitucional por estar contemplado en tratados sobre derechos humanos. Sobre el particular, el Tribunal ha señalado que el contenido, por antonomasia, del derecho de acceso a la función pública es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública. El Tribunal entiende que los contenidos de este derecho son los siguientes: a) acceder o ingresar a la función pública, b) ejercerla plenamente, c) ascender en la función pública y d) condiciones iguales de acceso.

En relación a la idoneidad de la medida⁽¹⁹⁾, se aprecia que se cumple una relación de causalidad si vinculamos el fin constitucionalmente válido de la política (regulación del acceso al empleo público y superación de un trato discriminatorio de un grupo de trabajadores de la administración pública a través de su formalización) con el medio utilizado (establecimiento de un régimen de contratación para labores subordinadas pero diferenciado de cualquier régimen laboral y privativo del estado). De esta forma, el régimen CAS supera el test en cuanto al primer sub principio.

Según el segundo sub principio, el de necesidad, el Tribunal afirma “(...) *para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental*”.

Tratándose de un grado de intervención grave en el ejercicio de un conjunto de derechos constitucionales de los trabajadores del sector público contratados bajo el régimen CAS, el medio elegido (creación de un régimen de contratación especial que incide en la reducción de derechos como un instrumento de reducción de costos laborales para no afectar el gasto público) debe aparecer como absolutamente necesario para la consecución del objetivo constitucional (formalizar las relaciones de trabajo en el empleo público), sin que exista otra política menos gravosa o que genere un menor daño.

La creación de un régimen especial con menores derechos para los trabajadores debe constituirse en un instrumento absolutamente necesario para la formalización del empleo público; si existen otras medidas de formalización menos gravosas para los derechos constitucionales de los trabajadores, la política no superaría el juicio de necesidad.

Dos argumentos nos permiten afirmar que este sub principio se ve afectado. En primer término, se pudo haber logrado la formalización de este grupo de trabajadores aplicando el principio de primacía de la realidad y reconociendo la existencia de un contrato de trabajo con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, incorporando progresivamente a estos trabajadores a un régimen de contratación laboral sin afectar desproporcionadamente otros principios que regulan el acceso al empleo público⁽²⁰⁾.

(19) Sobre el análisis de la idoneidad nos dice el Tribunal que “(...) *es necesario recordar que se refiere a una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención, y el fin que busca la medida*”, sentencia recaída en el expediente N° 018175-2006-PA/TC, Víctor Ricardo Luna Mendoza y otros vs. contra el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

(20) Recordemos que una de los medios de provisión de personal utilizado por el Estado era el denominado contrato por “servicios no personales”, sustituido posteriormente por el CAS. Tanto el Tribunal Constitu-

De otro lado, la formalización de los vínculos basada en un trato diferenciado en relación a un menor conjunto de derechos reconocidos a los trabajadores con el pretexto no generar una mayor gasto público, solo podía afectar derechos de simple contenido económico (como las gratificaciones, asignación familiar, entre otros) pero de ninguna manera derechos de contenido constitucional. De otro lado, es previsible que este trato diferenciado genere a futuro un mayor gasto público por el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores a través del acceso a la justicia ordinaria o constitucional.

Finalmente, sometemos al régimen CAS al juicio de proporcionalidad, al respecto señala el Tribunal “(...) *para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por lo tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental*”.

Corresponde entonces verificar si la realización del fin perseguido (formalización las relaciones de trabajo en el empleo público de un grupo de trabajadores que venía prestando servicios para el Estado a través de contratos de servicios no personales) es proporcional a la medida adoptada (formalización basada en la creación de un régimen diferenciado de los regímenes laborales público o privado con un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público).

Para este análisis es imprescindible señalar que por tratarse de una política de formalización del empleo público con grave intervención en el ejercicio de un conjunto de derechos constitucionales, la temporalidad de la misma debe ser estricta, sin embargo, el régimen CAS aparece como uno sin límite de tiempo que, sumado a los anteriores periodos de prestación de servicios de los trabajadores que estuvieron contratados a través de un contrato por servicios no personales, termina extendiendo en el tiempo una situación de trato diferenciado sin que existan motivos objetivos que lo justifiquen.

Consecuentemente, el régimen CAS como política de formalización del empleo público basada en un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público, no supera el test de igualdad al haber generado un trato diferencia-

cional, como el Poder Judicial, aplicando del principio de primacía de la realidad, han dictado sentencias que han permitido que algunas personas contratadas mediante contratos por “servicios no personales” sean consideradas como trabajadores públicos incorporándolas a un régimen laboral o de carrera sin haber ingresado por concurso público. Esta situación vulnera los principios de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos y los de mérito y capacidad, de ahí que las soluciones que brinde la justicia ordinaria o la constitucional a futuro deberían ponderar los principios en conflicto sin sacrificar desproporcionadamente aquellos regulan el acceso a un cargo público y que, por su naturaleza, protegen intereses de carácter colectivo. Así, por ejemplo, una solución ponderada sería la de garantizar al trabajador un derecho a solicitar la creación de una plaza y postular a ella con una bonificación adicional, una solución de este tipo protegería adecuadamente los principios antes mencionados sin sacrificarlos desproporcionadamente.

do injustificado en los trabajadores sujetos a un contrato de servicios no personales sustituido posteriormente por un sujeto al régimen CAS.

Corresponde a un Estado Social de Derecho decidir los correctivos que restablezcan los equilibrios necesarios para el ejercicio de los derechos constitucionales afectados, los que a nuestro juicio pasan por una derogación del régimen CAS y la contratación de los trabajadores a través del régimen laboral privado el que ofrece suficientes garantías para los trabajadores un amplio margen de flexibilidad para el Estado empleador.

V. CONCLUSIONES

- El régimen del CAS regula una relación jurídica de naturaleza laboral de carácter especial, diferenciada del contrato de trabajo regulado por el régimen laboral de la actividad privada y de la regulación particular que hace el régimen público general o de aquellos regímenes de carrera especial de las prestaciones de servicio dependientes en el Estado. La cuestión central a resolver es si ese trato diferenciado está basado en motivos objetivos para finalmente determinar si es concordante con el principio-derecho a la igualdad.
- El régimen CAS como política de formalización del empleo público basada en un reconocimiento parcial de derechos para no afectar el gasto público, no supera el test de igualdad al haber generado un trato diferenciado injustificado. Se trata de un régimen que no encuentra sustento en las diferencias que justificarían un trato diferenciado y pierde de vista que las evidentes situaciones de desigualdad deben ser compensadas por el Estado a través del reconocimiento efectivo de los derechos sociales que permitan transitar de una igualdad formal a una igualdad sustancial⁽²¹⁾.

(21) “Por ello, nos parece que la mejor manera de identificar con precisión cuando se presenta una diferencia y cuando una desigualdad es remitirnos al trabajo que el profesor italiano Luigi Ferrajoli ha realizado sobre el particular. En suma, Ferrajoli plantea que “las diferencias -sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades -sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas”⁰. De este modo, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios, las desigualdades deberían ser removidas o al menos reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales. Más aún, Ferrajoli conecta claramente el principio de igualdad con los derechos fundamentales de la persona: “a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las ‘diferencias’; y a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las ‘desigualdades’”. En definitiva, cuando nos encontremos frente a diferencias, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque formal) debe garantizar su valoración y respeto, manteniendo dichas diferencias; cuando nos encontramos frente a desigualdades, en cambio, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque sustancial) debe apuntar a reducirlas o compensarlas, buscando eliminar las referidas desigualdades. Nótese, pues, que identificar una situación de desigualdad y buscar su reducción, compensación y -eventualmente- su eliminación constituye la garantía esencial del principio de igualdad ante la ley desde su enfoque sustancial y se vincula íntimamente con el ejercicio efectivo de los derechos

Corresponde a un Estado Social de Derecho decidir los correctivos que restablezcan los equilibrios necesarios para el ejercicio de los derechos constitucionales afectados, lo que a nuestro juicio pasa por una derogación del régimen CAS y la contratación de los trabajadores a través del régimen laboral privado que ofrece suficientes garantías para los trabajadores así como un amplio margen de flexibilidad para el Estado empleador. Corresponde a las instancias técnicas del Poder Ejecutivo efectuar el análisis costo-beneficio de esta medida, lo que de ningún modo puede servir como justificación para mantener una política de formalización laboral discriminatoria.

- El régimen CAS contiene varios problemas jurídicos que pueden ser agrupados en dos categorías: a) problemas de interpretación (una norma con más de un sentido interpretativo) y b) vacíos normativos (ausencia de una norma jurídica que regule un caso concreto).

Estos problemas de interpretación y vacíos normativos son de suma gravedad y ponen en serio peligro la adecuada gestión de los recursos humanos en la administración pública, además de colocar innecesariamente a la administración en un dilema mayor: optar por la aplicación irrestricta del principio de legalidad o asumir un rol de intérprete conforme a la Constitución en salvaguarda del principio de supremacía de la norma constitucional, papel que para nuestra administración ha sido históricamente muy difícil de cumplir por las condiciones propias de su incipiente desarrollo y profesionalización. En todo caso, y mientras no se produzca la supresión o modificación del régimen, correspondería la Administración y al Poder Judicial asumir un rol, y por que no una actividad interpretativa e integradora, garantista de los derechos fundamentales vulnerados por este régimen, ponderando adecuadamente los diversos intereses en conflicto⁽²²⁾.

fundamentales de contenido social, dentro de los que destaca -naturalmente- el derecho al trabajo”. En: QUIÑONES, Sergio y SANCHEZ Christian. *Igualdad ante la Ley y Regímenes Laborales Especiales*. pp. 291-307. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica.

- (22) El “garantismo” resulta ser una técnica de protección de los derechos fundamentales, que ofrece un marco teórico apropiado y consecuente con los parámetros constitucionales. En su propuesta, resulta necesario distinguir entre el reconocimiento jurídico del derecho fundamental y las “garantías” destinadas a “reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad”, transitando de una dimensión formal de la democracia a un dimensión sustancial; esta es la perspectiva garantista que proponemos para el derecho del trabajo. Por la especial naturaleza de los derechos sociales, es posible reconocer en ellos un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer que exigen del Estado correspondientes garantías de no lesión del derecho así como garantías de concreción y efectividad tan complejas que van desde medidas de carácter administrativo, judicial y hasta de inversión de recursos públicos. Al respecto se señala: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción ha sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 25. Complementariamente: “Existen tres planos sobre los cuales podemos entender

- A partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, tanto de los que le corresponde al trabajador como tal (denominados por la doctrina de derechos laborales específicos, como la libertad sindical o la estabilidad laboral como parte del contenido esencial del derecho al trabajo) como aquellos que le corresponden por el hecho de ser persona (denominados derechos laborales inespecíficos, como es la libertad de expresión); la aplicación de estos derechos constitucionales no puede ser limitada por alguna norma de inferior jerarquía como es la norma que regula el régimen CAS.
- Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución, los derechos laborales reconocidos a todo trabajador tienen aplicación directa por tratarse de derechos fundamentales, a esta conclusión arribamos a partir de una interpretación del texto constitucional en base a los principios de coherencia normativa, fuerza normativa de la Constitución y concordancia práctica. Por lo expuesto en la conclusión anterior y la presente, y en tanto todos los poderes públicos quedan sometidos a la constitución, es jurídicamente posible

el garantismo, según Ferrajoli, y son los siguientes: Modelo normativo de derecho: se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho 11 . Teoría del derecho y crítica del derecho: el aporte de la positivización de los derechos es propia del positivismo jurídico; la cual se relaciona directamente con el garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado. Partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas 12 , propone un iuspositivismo crítico, frente al iuspositivismo dogmático. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. Por otro lado, el iuspositivismo crítico retoma las tres características ya referidas, aquí el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite 13 . Una filosofía de la política: esta última concepción concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica política permite la crítica de las instituciones jurídico positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia 14 . Ferrajoli retoma el concepto de utopoyesis, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoeyéticas, en las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas heteropoeyéticas, en estas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola” 15 . De esta forma, el garantismo, en sentido filosóficopolítico, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoeyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídico positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos 16”. En: AGUILERA. Rafael y LOPEZ Rogelio. Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. <http://www.letstrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf>

introducir los cambios sugeridos para hacer compatible el régimen CAS con la Constitución.

- La Administración debe afrontar un panorama complejo producido por la inadecuada regulación de un régimen de contratación como el CAS, concebido y aprobado sin reparar en los límites constitucionales que toda política estatal debe respetar y sin reparar en las instituciones del derecho del trabajo, muchas de ellas con un evidente contenido constitucional como hemos podido advertir del análisis efectuado a través de este artículo. De cualquier forma, es imperativo introducir los cambios advertidos para evitar que los problemas actuales se profundicen con el tiempo.

ANEXO I

Información estadística sobre empleo público

NIVEL	N° DE ENTIDADES	N° DE TRABAJADORES							TOTAL
		D.L. N° 276	D.L. N° 728	PROYECTOS DE INVERSION	SERVICIOS NO PERSONALES	D.S N° 213-90-EF	DIRECTORES	OTROS*	
Gobierno Nacional	197	113,383	40,824	6,115	71,384	235,642	46	93,309	560,703
Gobiernos Regionales	26	169,289	6,054	7,056	17,133	1,817	0	181,974	383,323
Gobiernos Locales	1,503	91,621	16,923	6,974	54,701	469	0	915	171,603
Organismos Municipales	28	118	1,946	16	2,876	0	24	1	4,981
Empresas Estatales	92	23	38,291	460	3,279	16	398	1,980	44,447
Otras Entidades	2	14,594	22,256	0	13	0	15	0	36,878
Tota	1,848	389,028	126,294	20,621	149,386	237,944	483	276,179	1,201,935

*Regímenes especiales

Nota: Información estimada al 31 de Diciembre de 2007

Fuente: Dirección Nacional de Contabilidad Pública, Ministerio de Economía y Finanzas.

UNA REGULACION DE SERVICIOS LABORALES QUE DEBE CORREGIRSE: LA APLICABLE A LOS TRABAJADORES DEL HOGAR

Daniel Ulloa Millares^()*

Decir que algo es especial supone diferenciarlo de lo común o general. En este sentido, solamente puede entenderse un régimen especial de contratación laboral si reconocemos de manera clara y anterior la existencia de un régimen de contratación ordinario, el cual -por definición- debería ser el mayoritario, el que se cumple con superior proporción al especial. En este sentido, y asumiendo que dicho régimen común es el presumido por el artículo 4 de la ley de productividad y competitividad laboral, esto es, el contrato de trabajo a plazo indeterminado regulado por las normas del régimen laboral de la actividad privada, lo que podemos constatar actualmente en la realidad peruana es que el modelo ordinario constituye una forma más de contratación, siendo su aplicación de incidencia cuantitativa muy reducida a la que se genera en las numerosas situaciones especiales existentes en nuestra realidad, muchas de ellas además ubicadas cuestionablemente a extramuros del derecho laboral (como por ejemplo, las modalidades formativas laborales o la contratación administrativa de servicios).

En el presente trabajo repasaremos la legislación vigente que regula a los trabajadores del hogar para presentar algunas sugerencias de modificación normativa⁽¹⁾, y para sustentar por qué un tipo determinado de servicio, el realizado por los

(*) Abogado. Master en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa (Universidad Castilla-La Mancha). Profesor de derecho del trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del área laboral del estudio Rebaza, Alcázar & De las Casas, abogados financieros.

(1) Considerando además la importancia y atención mundial que este tipo de trabajo genera pues, dado que las normas internacionales del trabajo no ofrecen directrices adecuadas para garantizar una protección

porteros o vigilantes de hogares, debe ser también objeto de regulación por parte de dicho régimen especial.

A. La regulación de los trabajadores del hogar

Establecida por Ley 27986⁽²⁾ (en adelante “LTH”) y regulada, extemporáneamente por su reglamento aprobado por Decreto Supremo 15-2003-TR⁽³⁾ (en adelante “reglamento LTH”), dichas normas constituyen actualmente las disposiciones aplicables en Perú a este tipo de trabajo, que en la experiencia comparada –al igual que en nuestro país– califican como relaciones laborales especiales⁽⁴⁾. Dichas normas reemplazaron otras existentes hace varias décadas, todas las cuales fueron dejadas de lado por mandato de la cuarta disposición final y transitoria de la LTH⁽⁵⁾.

La razón básica de la especialidad de esta relación contractual está precisamente, según una reciente sentencia del Tribunal Supremo español⁽⁶⁾, en el ámbito en el que se desarrolla el trabajo, el hogar familiar, y las relaciones de convivencia y confianza que se crean, las cuales resultan determinantes para la regulación de este régimen⁽⁷⁾.

La LTH comienza, a nuestro entender, con un error: señala en su artículo 1 que regula “*las relaciones laborales de los trabajadores del hogar*”. Literalmente podría entenderse que podrían existir relaciones **no** laborales de los trabajadores del hogar, las cuales no estarían reguladas por la LTH, situación que entendemos muy difícil que se pueda dar dada la modalidad y naturaleza casi uniforme de este tipo de prestaciones. En tal sentido, y en línea con la presunción de *laboralidad* prevista

a los trabajadores de esta actividad, el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) acordó en su 301ª reunión (realizada en marzo de 2008) que se incluya una actividad de regulación sobre el trabajo decente para los trabajadores domésticos en el orden del día de la 99ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en junio de 2010, lo cual generó el debate respectivo y la decisión de inscribir en el orden del día de la próxima reunión ordinaria de la Conferencia (en el año 2011) el punto titulado “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”, para su segunda discusión y con miras a la adopción de una norma general (un convenio complementado con una recomendación).

El informe elaborado sobre el trabajo doméstico y todos los demás sometidos a la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2010 pueden revisarse en la siguiente página web: <http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/99thSession/reports/lang—es/index.htm>

- (2) Publicada el 3 de junio de 2003 y vigente desde el 1 de agosto de dicho año.
- (3) Publicado el 20 de noviembre de 2003, a pesar que la Ley 27986 ordenaba al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reglamentar la norma en un plazo no mayor de 60 días.
- (4) Por ejemplo, en Argentina se regula por el Decreto Ley 326/56 (de fecha 20 de enero de 1956) y en España por el Real Decreto 1424/1985, del 1 de agosto. Asumimos la posición de que estamos ante una relación laboral especial pues la tercera disposición final y complementaria de la LTH señala la aplicación supletoria de las normas del régimen laboral de la actividad privada “en lo que no se oponga a lo dispuesto en la presente ley”.
- (5) El Decreto Supremo 23 D.T. del 30 de abril de 1957, el Decreto Supremo 2-TR del 10 de marzo de 1970, la Resolución Suprema 18 del 14 de diciembre de 1957 y “demás disposiciones que se opongan a la presente ley”.
- (6) STS del 21 de octubre de 2008, Aranzadi 5662.
- (7) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*, 17 edición, 2009, p. 800.

en el artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497⁽⁸⁾, sugerimos la siguiente redacción:

“La presente Ley regula las prestaciones de servicios de los trabajadores del hogar, las cuales se presumen de naturaleza laboral, salvo prueba en contrario”.

Obviamente, este precepto requiere una definición que la complete: la del sujeto que presta el servicio, el trabajador del hogar, lo cual se verá a continuación.

B. Los sujetos comprendidos y las actividades

Recogiendo lo realizado por el reglamento de la norma anterior que reguló este tipo de servicios (la Resolución Suprema N° 18), el artículo 2 de la LTH define este régimen por las labores que realiza el trabajador, aspecto que es repetido por el primer párrafo del artículo 1 del reglamento LTH:

“Son trabajadores al servicio del hogar los que efectúan labores de aseo, cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás propias de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar, que no importen lucro o negocio para el empleador o sus familiares”.

El párrafo inicia con una lista descriptiva, la cual podría dejar labores o conceptos fuera de su ámbito de aplicación, de ahí la utilización de la frase “*y demás propias*” con lo cual se buscaría comprender la universalidad de situaciones que pueden presentarse en esta actividad, haciendo por lo tanto innecesaria la descripción salvo para fines didácticos. Lo importante es que una persona será considerada trabajadora del hogar si:

- Realiza una labor propia de la conservación de una residencia o casa-habitación y del desenvolvimiento de la vida de un hogar,
- Dicha actividad no genere lucro o negocio para el empleador o familiares y,
- el empleador no sea una empresa.

Así definido, este concepto nos deja por lo menos tres situaciones carentes de regulación y demandantes de solución precisa:

1. La situación de los porteros o vigilantes de calles, residencias o edificios,
2. Los trabajadores del hogar contratados por empresas, por encargo o para beneficio de sus trabajadores,
3. La situación de los trabajadores del hogar eventuales o que realizan esporádicamente su labor.

Pasemos a revisar cada caso:

(8) Publicada el 15 de enero de 2010 y de vigencia paulatina en nuestro país.

1. La situación de los porteros o vigilantes de residencias, edificios o calles

En la sexta disposición complementaria final 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, aprobado por Decreto Supremo N° 7-2008-TR⁽⁹⁾, se prevé lo siguiente

“Las juntas o asociaciones o agrupaciones de propietarios o inquilinos en régimen de propiedad horizontal o condominio habitacional, así como las asociaciones o agrupaciones de vecinos, podrán acogerse al régimen laboral de la microempresa respecto de los trabajadores que les prestan servicios en común de vigilancia, limpieza, reparación, mantenimiento y similares, siempre y cuando no excedan de diez (10) trabajadores”.

Del texto se puede entender que resulta una posibilidad la contratación laboral de estos prestadores, para lo cual los vecinos **deben** constituirse como una micro empresa (como se ve, el verbo utilizado es “podrán”).

Entendemos como desproporcionada y carente de sentido esta posibilidad dado que muchas veces las labores de estos trabajadores son muy similares o idénticas a las de un trabajador del hogar, salvo que en lugar de tener un empleador tienen varios, pero realizan los mismos servicios: limpieza, vigilancia o custodia, asistencia, etc.

De otro lado, normalmente la junta de propietarios o los vecinos no tienen ánimo empresarial alguno para que se pueda justificar la constitución de una persona jurídica ni mucho menos someterse a formalidades propias de quienes buscan lucro.

Lo que vemos que ocurre en la realidad (por lo menos la de Lima) es que estas personas no figuran en planilla, no son trabajadores formales y el camino que el Derecho les otorga resulta inadecuado por lo complicado y formalista: ¿Es que este tipo de empleadores tendrá que registrar mensualmente al trabajador, tener una planilla y si tienen más de tres trabajadores, realizar el registro mensual vía PDT como una minera o un banco?. Consideramos que el legislador muchas veces se aleja de la realidad siendo que en este supuesto, que es tan común en muchas ciudades, debió acercarse a este colectivo a la figura que más se le asemeja, la cual creemos es la del trabajador del hogar⁽¹⁰⁾.

Muchas veces vemos que un vecino contrata al guardián del condominio como trabajador del hogar y los demás vecinos le reembolsan o, en la mayo-

(9) Norma publicada el 30 de setiembre de 2008.

(10) En Argentina existe una norma especial para este colectivo, cual es la ley 12.981 (de 1947), estatuto de encargados de casa de renta y propiedad horizontal, reglamentada por el decreto N° 11296/49 y complementada por un convenio colectivo de sector del año 1998.

ría de los supuestos, este trabajador es informal y recibe su pago a la mano, sin seguridad social, sin beneficios sociales, sin boletas, a pesar de la estrecha relación de confianza que existe en estos casos y que resulta similar o mayor a la que se da en las relaciones con los trabajadores del hogar. Algunas veces, al trabajador se le contrata un seguro privado por si le ocurre algún accidente o se hace una colecta entre los vecinos para ayudarlo en casos determinados.

Si queremos un mejor país, si queremos formalizar las relaciones de trabajo, las normas deben dar facilidades para su cumplimiento y no, como ocurre muchas veces, complicaciones que las hacen inaplicables por simple razonamiento económico pero que no necesariamente suponen el ánimo de no ejecutar el mandato contenido en ellas.

Como resulta evidente, en este supuesto dejamos de lado el caso de los guardianes, porteros u otros destacados o desplazados por empresas de intermediación o tercerización laboral, o por personas jurídicas que se dedican a la prestación de estos servicios, pues en tales supuestos queda claro el fin empresarial de dichos empleadores y su posición frente al mercado, situación ajena al objetivo de los usuarios de las viviendas. En este caso, dichas personas deberían ser trabajadores sometidos al régimen común de la actividad privada, a pesar que realicen labores de trabajadores del hogar, por la anotada posición frente al mercado de su empleador y la finalidad lucrativa que persigue la prestación de los servicios. Un ejemplo de esto lo constituyen, para labores específicas, las empresas de limpieza pública o el serenazgo.

Finalmente, si parte de las funciones propias de los trabajadores del hogar es realizar guardiana interna del domicilio (por ejemplo, cuando la familia del empleador sale de viaje) ¿por qué no se podría entender que realizar la guardiana externa pueda generar un vínculo en el que resulten aplicables las normas de los trabajadores del hogar?

2. Los trabajadores del hogar contratados por empresas por encargo o para beneficio de algunos de sus trabajadores

En algunos casos ocurre que algunas personas jurídicas contratan personal no para el logro de sus fines sino para que presten servicios como trabajadores del hogar a favor de su personal de dirección, normalmente cuando ellos son extranjeros. En estos casos, el empleador cuenta con un grupo de personas que van rotando de familia beneficiaria pero siempre realizan las labores propias de conservación de la residencia del personal de dirección, no así función alguna en la empresa, siendo que normalmente estos trabajadores no forman parte de la estructura organizativa o de las funciones del *core business* del empleador.

Entendemos que en este supuesto no se contradice la naturaleza de los servicios regulados por la LTH pues el contratante no busca generar lucro o hacer

negocio con el servicio de los trabajadores del hogar (como en el caso anteriormente comentado) sino otorgar una ayuda o beneficio a parte de su personal **en lo relacionado** al cuidado de su lugar de residencia. Siendo además que el contratante no ejerce poder de dirección alguno sobre el personal ya que dicha potestad es trasladada a la persona natural.

No obstante, y pese a las características antes señaladas, que el régimen especial de contratación no pueda ser utilizado por personas jurídicas bajo este esquema podría ser perjudicial para los trabajadores, quienes podrían preferir que sea una empresa la contraparte y no diferentes personas naturales, pues podrían generar mayor antigüedad con un solo empleador o facilitar el cumplimiento de formalidades a cargo de su empleador, como la seguridad social, por ejemplo. Si queremos que prime la formalidad laboral, en este caso tenemos un supuesto interesante a considerar que no debería obviar la verdadera naturaleza de las labores prestadas y la similitud con lo regulado por la LTH: la legislación debería dar soluciones equilibradas y no dificultar el acceso al derecho laboral de los que prestan servicios.

3. La situación de los trabajadores del hogar eventuales

La LTH y su reglamento no establecen un mínimo de horas para acceder a su regulación ni tampoco a los beneficios que ella plantea⁽¹¹⁾.

Si bien, en nuestra opinión, el número de horas no debería definir el ámbito de aplicación de una norma laboral, pues que un prestador de servicios sea subordinado no tiene relación alguna con el número de horas que genere su actividad, dicha característica sí debería utilizarse –teniendo como principal objetivo incentivar la formalidad laboral- para precisar, por ejemplo, el cumplimiento de determinadas formalidades documentales o el cálculo del disfrute de derechos creados legalmente, como por ejemplo el de las gratificaciones, la compensación por tiempo de servicios o el descanso semanal, los cuales podrían ser consolidados en un único monto, tal como ocurre -por imposición legal- en el régimen agrario o –por acuerdo de partes y siempre que exista el monto mínimo mensual (2 UIT)- cuando se pacte en una remuneración integral anual.

Es que pareciera desproporcionado que tengan que cumplirse las mismas formalidades legales para dos trabajadores del hogar a pesar que uno labore jornada completa (el denominado por la LTH trabajador “cama adentro” por ejemplo) y otro tres o cuatro horas a la semana, como podría ser un lavandero, un mozo o un jardinero, lo cual hace en realidad que estos últimos no perciban estos beneficios.

(11) Como si lo hace la norma argentina, el decreto ley 326/56 antes citado.

Nuestra sugerencia supone simplificar (no eliminar) el pago de los derechos sociales cuantitativos legalmente creados para el caso de trabajadores que no lleguen a cumplir un determinado número de horas pues no realizan un servicio permanente sino eventual, muchas veces a favor de varios empleadores, siendo que su situación difiere de aquel que compromete la mayor parte de su tiempo a un solo empleador.

C. La exclusión de la remuneración mínima vital

La LTH señala en su artículo 5 que el monto de la remuneración será “*la señalada por acuerdo libre de las partes*”. Aquí también discrepamos con la regulación vigente pues pocas veces existe un acuerdo plenamente libre en un contrato de trabajo⁽¹²⁾. Claro, podrá ser jurídicamente libre pero no es realmente libre. Por lo tanto, dada la normalmente desigual posición de las partes en este acuerdo y la baja cuantía de la remuneración mínima vital en nuestro país, la cual sigue sin ser regulada tal como lo ordena nuestra Constitución⁽¹³⁾, es que entendemos que el trabajador del hogar debería tener una cobertura mínima en un aspecto esencial de su relación como lo es la definición de su ingreso mensual, más aún cuando la alimentación y el alojamiento que pueda recibir, curiosamente, no son considerados remuneración por la LTH (artículo 5).

D. El procedimiento de despido

En su artículo 8 la LTH prevé como causa de terminación del contrato de trabajo, entre otras, la falta grave. Por lo tanto, siendo de aplicación supletoria a este régimen las normas del régimen laboral de la actividad privada, para el despido justificado de un trabajador del hogar el empleador debería mandarle una carta de imputación de falta, darle plazo para el descargo y luego decidir el despido.

Lo anterior resulta harto inadecuado y seguramente poco aplicado pues la LTH establece en su artículo 7 que por la “*naturaleza de confianza del trabajo*” el empleador puede despedir al trabajador sin expresión de causa (claro, la LTH no utiliza esta palabra tan difícil de escuchar y señala que el empleador “*podrá separar del empleo al trabajador*”) con la única obligación de avisarle de dicha decisión con quince días⁽¹⁴⁾ de anticipación o, si no la cumple, con el pago de una indemnización equivalente a dicho periodo.

Entonces, ¿Habría algún empleador que despida por falta grave a su trabajador del hogar? ¿Protegen estas formalidades del régimen laboral de la actividad privada a quien puede ser *separado* de su trabajo con el pago de quince días de servicio?

(12) Al respecto, sobre este clásico tema se puede ver el texto de BAYLOS, Antonio, “Sobre el contrato de trabajo y la subordinación jurídica”, en Revista de la Fundación, N° 9, noviembre de 2009, p. 24-26.

(13) Tercer párrafo del artículo 24: “Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

(14) Laborables según el artículo 4 del reglamento de la LTH.

Sin llegar al extremo de eliminar esta posibilidad de cese, creemos que debe adecuarse el procedimiento de despido para que este sea sencillo y acorde con el respeto al derecho a la estabilidad laboral (relativa, por la naturaleza del servicio) de los trabajadores del hogar. En este punto hay que reparar que si un empleador respeta el plazo de pre aviso (15 días), el trabajador despedido sin causa no tiene derecho a indemnización alguna. Estamos pues ante la protección más débil existente, la de la resolución contractual por simple aviso.

E. Los beneficios cuantitativos

La LTH señala que los trabajadores del hogar tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios (15 días por año, con parte proporcional), a un descanso anual de 15 días y a las dos gratificaciones legales (cada una equivalente al 50% de la remuneración mensual).

No entendemos la diferencia en la percepción de estos beneficios respecto de un trabajador del régimen común. ¿Es que el trabajador del hogar labora menos o su servicio, al ser menos cualificado, justifica menores ingresos⁽¹⁵⁾? Si bien en los tres casos señalados en el párrafo anterior estamos ante beneficios legalmente creados, no existe razón objetiva alguna para que el trabajador del hogar reciba menos ingresos. Claro, alguien podría señalar que, al haber sido creados estos beneficios por una ley, otra puede regularlos de manera diferente, más aún cuando se trata de distintas modalidades de trabajos. Y si este argumento es válido, entonces la forma de pago y reconocimiento debería ser simplificado, tal como se ha hecho –aunque de manera discutible– en el régimen laboral agrario⁽¹⁶⁾ y como sugerimos líneas arriba. No obstante, muchas personas tienen la idea de que en julio y diciembre deben recibir más, cuando todo pasa por mejorar la calificación de los trabajadores⁽¹⁷⁾ y contar con una adecuada planificación salarial mensual y anual⁽¹⁸⁾.

F. Las modalidades “cama afuera” y “cama adentro”

Previstas en los artículos 14, 15 y 16 de la LTH, consideramos que su existencia no tiene sentido ni justificación. Nos explicamos.

El artículo 14 prevé que se regulan por la LTH las relaciones laborales de los trabajadores del hogar que no tienen la obligación de vivir en el hogar en el cual trabajan. Pero ¿en algún momento se estableció como requisito el vivir en el lugar de

(15) Esto es similar que en el régimen establecido por la ley MYPE, pero en esos casos el empleador tiene fines de lucro, el cual no lo posee el empleador de los trabajadores del hogar.

(16) Regulado por Ley 27360 y discutiblemente ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 27-2006-PI de fecha 21 de noviembre de 2007.

(17) En otros países este tipo de trabajos son muy bien remunerados, constituyendo uno de los principales motivos de emigración.

(18) Gonzalo Zegarra Mulanovich es uno de los pocos que trata este impopular tema y que sugiere eliminar el derecho de las gratificaciones legales. Al respecto ver el editorial de la revista “Semana económica”, N° 1232, 25 de julio de 2010, p. 8.

servicios para ser regulado por la LTH? Salvo que se haya establecido con fines pedagógicos, es difícil pensar que por no vivir en el domicilio del empleador uno no pueda calificar como trabajador del hogar si es que cumple con los requisitos establecidos en la definición arriba comentada. Adicionalmente, las normas anteriores que regulaban este régimen no contenían esta exclusión, por lo que no vemos utilidad en la existencia de este artículo.

Igual conclusión podemos obtener de la lectura de los artículos 15 y 16 de la LTH, aunque con una importante excepción: la definición de trabajo efectivo.

En efecto, un aspecto tan importante como lo es el tiempo de trabajo no se encuentra regulado expresamente por la LTH, salvo en lo señalado por su artículo 15, que expresa:

“Para los trabajadores al servicio del hogar que permanezcan en el hogar bajo la modalidad “cama adentro”, la suma de los periodos de trabajo efectivo durante el día y la semana no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales”.

El texto es claro: si un trabajador del hogar labora “cama adentro” su trabajo efectivo está limitado por el tope general constitucional, esto es, las ocho horas diarias y las cuarenta y ocho horas semanales. El reglamento de la LTH precisa en su artículo 9 que el periodo de trabajo efectivo es aquel en el cual “*el trabajador se encuentra desempeñando efectivamente las órdenes impartidas por el empleador*”.

En realidad, esté donde esté su cama, la jornada del trabajador del hogar debería respetar siempre el máximo constitucional: la lectura del artículo 15 no puede ser entendida, creemos, en el sentido que solamente los trabajadores “cama adentro” están limitados por la jornada máxima sino que ella debería comprender a todos, al ser la limitación de la jornada de trabajo un derecho constitucional.

Si lo anterior es verdadero, entonces el contenido del artículo 15 es redundante y hasta peligroso, pues podría generar la conclusión antes indicada la cual no compartimos.

Por otro lado, el artículo 16 señala que si el trabajador del hogar “cama adentro” permanece todo el tiempo en el hogar, el empleador debe proporcionarle un “*hospedaje adecuado*” y la alimentación. Entonces podría entenderse que el trabajador que labora “cama afuera” no tendría derecho a dichas prestaciones. Pero curiosamente ellas resultan obligatorias según lo señalado por el segundo párrafo del artículo 5⁽¹⁹⁾. ¿Cómo entender en este punto a la LTH?

(19) Dicho artículo señala: “*El empleador se encuentra en la obligación de proporcionar alimentación y/o alojamiento al trabajador del hogar, adecuados al nivel económico del empleador. Tales conceptos no serán considerados como parte integrante de la remuneración*”.

La alimentación debería ser de cargo del empleador y otorgarse tal como ocurre con el tiempo de refrigerio en el régimen común de la actividad privada: en los casos de prestaciones en horario corrido o cuando el trabajador se encuentre obligado a laborar en las horas convencionalmente utilizadas para desayunar, almorzar o cenar.

Por otro lado, el hospedaje (en realidad, condiciones adecuadas para la prestación del servicio) debería otorgarse cuando el trabajador tenga que quedarse en el hogar, sea porque labora a jornada completa o por las necesidades del servicio. Algo tan elemental no figura ni en la LTH ni en su reglamento y ha sido la realidad (y la buena fe de las partes) la que viene adecuando estas disposiciones.

G. Los descansos diarios

Indicábamos que resulta preocupante que un tema tan importante para la salud como lo es el tiempo de trabajo no sea regulado expresamente por la LTH. En efecto, sin perjuicio de lo antes indicado para el trabajador “cama adentro” la norma solamente considera el derecho al descanso semanal y anual, aparte de los feriados: no hay (como lamentablemente tampoco existe en el régimen común) un derecho al descanso diario, el cual resulta más importante de definir en este régimen especial, dada la usual coincidencia entre el lugar de trabajo y el lugar de residencia del prestador de servicios. Tampoco se prevé la posibilidad de que puedan existir jornadas acumulativas de trabajo y si ello debe aplicarse tal como se da en el régimen común.

Por lo tanto, entendemos que en este régimen resulta esencial regular un tiempo mínimo de descanso diario, diferenciar entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de trabajo no efectivo o tiempo de guardia (pensado para labores básicamente de cuidado), así como la retribución o compensación de las horas extraordinarias (por ejemplo, realizar una atención en la madrugada). Este es un capítulo normativo que debe elaborarse necesariamente.

H. Los derechos colectivos

Curiosamente no mencionados en la LTH ni en su reglamento, ello no impide que puedan ser disfrutados por estos trabajadores, al ser derechos reconocidos constitucionalmente. En este sentido, existen algunas organizaciones sindicales en nuestra realidad, las cuales son de ámbito gremial.

I. Las agencias de empleo

Por la confianza y buena fe que debe existir en esta relación contractual, no es sencillo encontrar a un buen trabajador del hogar. Es por ello que en nuestra realidad existen varias agencias de empleo que ofrecen los servicios de trabajadores del hogar, normalmente de sexo femenino. Empero es muy común que estos trabajadores mientan al postular y no señalen que están casados, que tienen hijos, que tienen familiares en la ciudad, que están estudiando, etc. para poder ser contratados,

ganar la comisión que les pide la agencia de empleo y luego abandonar el centro de trabajo (abusando de su derecho a la libertad de trabajo), dejando muchas veces indefensos a los empleadores que los contratan, dado que las necesidades de sus servicios son inmediatas.

Otras veces los trabajadores del hogar hurtan bienes del empleador o revelan información confidencial para la comisión de delitos contra el patrimonio.

Considerando esto sugerimos que se señale como responsables solidarios, por un tiempo determinado de la relación contractual, a las agencias de empleo que proveen al personal dado que no actúan solamente como intermediarios entre oferentes y demandantes sino que normalmente están en complicidad con los trabajadores del hogar para así obtener mayores ingresos. En este sentido, la autoridad de trabajo debería tener mayor presencia en el control y manejo de estas entidades.

J. La tutela estatal

Finalmente, debemos resaltar que la inspección del trabajo posee competencia para revisar todos los problemas que puedan darse en este tipo de relaciones laborales. Actualmente, el artículo 4 de la ley general de inspección del trabajo, Ley 28806⁽²⁰⁾, señala que la actuación de la inspección del trabajo se ejerce, entre otros, en los domicilios en los que prestan servicios los trabajadores del hogar, con las limitaciones a la facultad de entrada libre de los inspectores cuando se trate del domicilio del empleador. En un contexto en el cual la nueva ley procesal del trabajo ya no impone un solo juez para atender los problemas de los trabajadores del hogar⁽²¹⁾, resulta muy adecuada esta apertura de tutela a un colectivo normalmente olvidado o poco atendido.

Esperamos que la exposición del tema por parte de la OIT y la posible aprobación de un convenio internacional el próximo año⁽²²⁾ sirvan para repasar la normativa que regula este régimen laboral en nuestro país y se pueda corregir la situación legal existente, considerando algunos de los problemas que comentamos en este trabajo.

(20) Publicada el 22 de julio de 2006.

(21) La ley 26636 señalaba que el juez de paz letrado era el único competente para revisar cualquier problema de este régimen; en cambio, el nuevo texto procesal laboral establece que cualquier problema podrá ser revisado por un juez de paz letrado o un juez ordinario según la cuantía del mismo.

(22) Al respecto puede verse la entrevista a la directora del programa de la OIT sobre condiciones de trabajo y empleo, Manuela Tomei, en la revista "Trabajo" de la OIT, N° 68, abril 2010, p. 4-6 y los artículos siguientes sobre el mismo tema (p. 7-17).

