

El Título Preliminar del Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho del Trabajo

Pontificia Universidad Católica del Perú

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento laboral todavía no cuenta con un Código o Ley General, por contraste con casi todos los demás países de nuestra región. Pese a la importante refundición en unos pocos textos de lo que estaba antes disperso en muchos, ocurrida en la década del noventa con ocasión de la reforma que redujo drásticamente los niveles de protección de los trabajadores imperantes en la legislación preexistente, el ordenamiento laboral está compuesto por una quincena de leyes y decretos legislativos que regulan las relaciones individuales y un decreto ley que se ocupa de las relaciones colectivas, además de los respectivos reglamentos.

La carencia de un texto unificado tiene como una de sus principales consecuencias la ausencia de un Título Preliminar, como el que suele presidir los Códigos de las más diversas áreas. En aquél se precisa el conjunto de criterios que orientan la aplicación e interpretación de dichos Códigos en particular, así como de los ordenamientos en que se insertan, en general.

El Título Preliminar del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, en la perspectiva expuesta, aborda los siguientes temas, que constituyen el marco global del ordenamiento laboral: el ámbito de aplicación, los principios, las fuentes y la vigencia en el espacio y en el tiempo. De cada uno de ellos vamos a ocuparnos a continuación.

II. AMBITO DE APLICACIÓN

El ordenamiento laboral no regula todas las prestaciones de servicios de una persona en favor de otra, sino sólo las que cumplen ciertos requisitos. Éstos son,

básicamente, que se trate de un trabajo productivo (el agente lo emprende con el fin de obtener un provecho económico), por cuenta ajena (el deudor de trabajo realiza su prestación por encargo del acreedor y no por su iniciativa), libre (el vínculo se genera en un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor de trabajo) y subordinado (el deudor no dirige su prestación sino que lo hace el acreedor). Las prestaciones que carecen de cualquiera de dichos requisitos quedan fuera del ordenamiento laboral y están reguladas por otras áreas del derecho, en singular por el civil o el mercantil si se trata de prestaciones productivas, por cuenta ajena, libres y autónomas. Entre las excluidas se encuentran las actividades que no generan derecho a retribución (como la cooperación que se brinda a los vecinos o a la comunidad en caso de emergencias o el apoyo a una obra social), se ejecutan por cuenta propia (como el trabajo de los artesanos que elaboran un producto y lo venden en el mercado o, incluso, el de padres e hijos en su hogar), o las que no se cumplen libremente, como las llamadas obligaciones cívicas (integrar una mesa en un proceso electoral) o ciertos deberes militares (en períodos de movilización ante conflictos con otros países). A algunas de ellas se refiere el artículo X.

De la presencia simultánea de los requisitos mencionados nacen los elementos esenciales de la relación laboral. Éstos son tres: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. Ya desde antiguo la doctrina los había calificado como tales y la jurisprudencia había recogido ese parecer. La Ley de Fomento del Empleo, de 1991, fue la primera en definir entre nosotros al contrato de trabajo y señalar sus elementos esenciales, que son los mismos ahora precisados en el Título Preliminar.

En el Título Preliminar, tras identificar los tres elementos esenciales (artículo I) se detalla el contenido de dos de ellos, que son la prestación personal y la subordinación (artículos II y III). No se hace lo propio con la remuneración porque esa tarea se realiza en la parte correspondiente del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (artículos 159 y siguientes). Se ha señalado también los supuestos en los que los conceptos proporcionados se relativizan o exceptúan, que son situaciones desarrolladas después. Este es el caso, por ejemplo, de la prestación personal, cuando el trabajador es asistido por familiares directos; o de la subordinación, cuando se le debe también a la empresa usuaria y no sólo a la de servicios. En el primer supuesto, a pesar de que la prestación personal le impide al trabajador contar con auxiliares o sustitutos a su cargo, puede tenerlos -sin desnaturalizar el vínculo laboral- siempre que sean familiares directos que dependan económicamente de él y el trabajo se cumpla a domicilio. En el segundo, el trabajador debe acatar las instruccio-

nes que le imparta no sólo su empleador formal, que será una empresa de servicios, sino también la empresa usuaria, con la que la primera se encuentra ligada por un contrato de prestación de servicios.

Luego se aborda la cuestión de los rasgos típicos, que son la duración indefinida de la relación laboral, la concurrencia al centro de trabajo (y no la labor fuera de él, ya sea en la calle, ya sea desplazándose por el territorio nacional), el cumplimiento de una jornada ordinaria de labor y el trabajo para un solo empleador (artículo IV). Se trata de factores que no son indispensables para calificar una relación como laboral, pero tienen una doble utilidad: de un lado, actúan como síntomas de la existencia de un vínculo laboral y, del otro, como condición para el acceso a ciertos derechos. La primera función se verifica frente a una controversia sobre la naturaleza de una relación, en la que dichos rasgos pueden actuar como indicios de que es laboral, posición que se favorece si el vínculo es permanente, se presta en el centro de trabajo, a tiempo completo y en forma exclusiva. La segunda opera en el ordenamiento actual para excluir a los trabajadores con menos de cuatro horas diarias de labor de beneficios tan importantes como la compensación por tiempo de servicios o la indemnización por despido arbitrario; y en el Anteproyecto, por ejemplo, al exigirse una jornada completa para percibir la remuneración total y no la proporcional.

El siguiente asunto que se trata es el de dos presunciones (artículo V). Ambas son relativas, por lo que pueden ser desvirtuadas por quien las sufre. La primera es sobre la existencia de subordinación en todo vínculo personal y remunerado. El deudor de trabajo deberá probar, por tanto, los dos últimos elementos y el acreedor deberá desvirtuar el primero. Las prestaciones de servicios regidas por el Derecho Civil o Mercantil no son necesariamente -ni frecuentemente- personales; muchas veces están a cargo de personas jurídicas y no naturales, que pueden emplear sustitutos o auxiliares a su cargo. Sí son indispensablemente retribuidas. Por tanto, el campo vecino al del Derecho del Trabajo es el de los vínculos civiles (contratos de locación de servicios y de obra) o mercantiles (contratos de agencia, comisión y corretaje), personales y retribuidos. Es respecto de ellos que resulta más viable ocultar la realidad y evadir la protección al deudor de trabajo, fingiendo que una relación subordinada es autónoma. Por ello el Anteproyecto de Ley General de Trabajo ha buscado facilitar la actividad probatoria del deudor de trabajo beneficiándolo con la presunción de que su vínculo es subordinado. El acreedor tendrá que acreditar que no tuvo -y, por tanto, no ejerció- sobre el deudor poder directivo alguno.

La segunda recae sobre la existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio y quien lo utiliza al interior de un centro de trabajo. Surge de la convicción de que una empresa mínimamente organizada puede detectar y rechazar la prestación no convenida de servicios por un trabajador. En caso contrario, se entiende que ha brindado tácitamente su consentimiento para la constitución de una relación laboral.

El artículo VI permite que se les pueda extender por leyes expresas alguno o algunos derechos laborales, a quienes prestan servicios autónomos y retribuidos y por tanto no regidos por el ordenamiento laboral sino por el civil o el mercantil, siempre que el servicio que se brinde sea personal, autónomo y retribuido. Se trata de una equiparación fundada en la semejanza de condiciones de trabajo y de vida que existe entre unos y otros deudores de trabajo. Un caso en el que justamente ocurre lo expuesto, es el de los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores. Aquí el Anteproyecto (artículo IX), fundado en la doctrina según la cual dichos trabajadores prestan un servicio por cuenta propia, en tanto sus condiciones de socio y de trabajador son inescindibles; así como en nuestro propio ordenamiento, que si bien los ha excluido de la legislación laboral, ha tendido a reconocerles beneficios equivalentes a los de los trabajadores comunes, practica la equiparación. Así, por ejemplo, la Ley de Formación y Promoción Laboral les otorga a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores los derechos y beneficios sociales de los trabajadores de la actividad privada (artículo 50) y le atribuye a la magistratura del trabajo competencia para conocer las controversias asociativolaborales que surjan entre los socios trabajadores y sus Cooperativas de Trabajadores; y la Ley General de Inspección incluye a las Cooperativas de Trabajadores y a sus socios trabajadores, entre las entidades y personas que le compete fiscalizar (artículo 2). El Título Preliminar, sin calificarlos de trabajadores, los sujeta a la regulación del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo.

En el Anteproyecto se propone avanzar en la fusión de los regímenes laborales que rigen para los trabajadores de la actividad privada y del sector público, unificándolos en el primero. Así, se dice en el artículo 4 que el empleador sujeto al Anteproyecto puede tener naturaleza privada o pública y, más específicamente, en las Disposiciones Complementarias se precisa que los trabajadores públicos quedarían inmediatamente regulados por esta norma en materia de sindicación y de huelga, tendrían un régimen especial en cuestión de negociación colectiva y se les incorporaría gradualmente en el campo de las relaciones individuales, en tanto esto importa erogaciones presupuestarias (Quinta y Octava).

Finalmente, se determina dos categorías a las que se les aplica la Ley General de Trabajo en lo que resulte pertinente, respetando sus propias normas: los trabajadores independientes (artículo VII) y los de regímenes especiales (artículo VIII). Entre las disposiciones claramente aplicables para estas categorías estarían, por ejemplo, las referidas a las relaciones colectivas de trabajo. El Anteproyecto no se ocupa de los regímenes especiales ni de las cuestiones procesales, sino sólo de los aspectos sustantivos del régimen común, porque se trata de una Ley General y no de un Código del Trabajo.

III. PRINCIPIOS

En el artículo XI se formula un listado abierto de principios del Derecho del Trabajo. La relación podría ampliarse por vía jurisprudencial -y, por cierto, legislativa- incorporando otros derivados de la dignidad de la persona y de su protección por el Estado. En ella se menciona y define a los más importantes principios, casi todos los cuales se encuentran recogidos por nuestro ordenamiento.

El de interpretación más favorable opera cuando una norma ofrece varios sentidos y conduce a elegir el más ventajoso para el trabajador. Está consagrado por la Constitución (artículo 26, numeral 3) y la Ley Procesal del Trabajo (artículo II del Título Preliminar). Se puede utilizar para esclarecer el significado, por ejemplo, de una ley, la parte normativa de un convenio colectivo, el reglamento interno de trabajo, etc. Resulta aplicable también en la interpretación del contrato, aunque no es una norma, porque hay desigualdad entre los sujetos que lo celebran. Esta extensión se funda en el *in dubio contra stipulatorem*, reconocido en el Código Civil para la interpretación de las cláusulas generales de contratación (artículo 1401), porque ellas son elaboradas unilateralmente por un predisponente para celebrar después sucesivos contratos con sujetos con poderes inferiores.

El de norma más favorable opera cuando un hecho está regulado a la vez por dos o más normas incompatibles y conduce a preferir la más ventajosa para el trabajador. Está consagrado por la Ley Procesal del Trabajo (artículo II del Título Preliminar). Se excluye de su alcance el conflicto entre normas estatales de distinto rango, que debe resolverse con el criterio de la jerarquía, que en este caso resulta más fuerte que el de la favorabilidad. Así, el reglamento más beneficioso no puede desplazar a la ley. Se precisa que la comparación entre las normas se hará por instituciones. Se deja de lado, por tanto, las teorías del conjunto y de la acumulación. De este modo, se contrasta únicamente la materia abordada divergentemente

y no todas y no se construye forzosamente nuevas regulaciones, que es lo que provocan las dos últimas teorías, respectivamente. El conflicto entre convenios colectivos se trata en el Título correspondiente a la negociación colectiva (artículo 347). Podría producirse en supuestos de negociación simultánea a más de un nivel, por ejemplo el de empresa y el de rama de actividad, en la que no se hubiera optado por la articulación. En este caso se adopta la teoría del conjunto y se permite a los trabajadores elegir al que resulte más favorable..

El de irrenunciabilidad de derechos opera para invalidar el abandono voluntario por el trabajador de sus derechos reconocidos por normas imperativas. El ordenamiento laboral está conformado centralmente por normas mínimas, que fijan pisos a la autonomía colectiva o individual y, por consiguiente, admiten únicamente la mejora pero no la disminución. Sólo resultan disponibles, por tanto, los derechos surgidos de normas dispositivas (como una ley o un convenio colectivo que permiten al trabajador escoger entre dos sistemas) o de actos o hechos no normativos (como el contrato de trabajo o la consolidación por el transcurso del tiempo). Está consagrado por la Constitución (artículo 26, numeral 2), la Ley Procesal del Trabajo (artículo III del Título Preliminar) y la Ley General de Inspección (artículo 3 inciso c).

El de condición más beneficiosa opera para mantener los beneficios obtenidos de actos o hechos no normativos: contratos de trabajo, concesiones unilaterales del empleador o consolidaciones por el transcurso del tiempo. Este último concepto se define en el artículo XVI, para distinguirlo de la costumbre: ambas son prácticas reiteradas que generan convicción de obligatoriedad, pero la consolidación recae en favor de sujetos determinados y la costumbre sobre un grupo o una categoría. El principio no tiene recepción genérica en nuestra actual legislación laboral, aunque se le ha respetado en numerosos casos aislados.

El de igualdad tiene una dimensión formal, en la que se prescribe el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, por el Estado o por los particulares; y otra sustancial, en la que se persigue la igualdad efectiva de los colectivos en desventaja. Se prohíbe la discriminación directa, consistente en un trato desigual injustificado, y -por primera vez en nuestro ordenamiento, de manera expresa- la indirecta, consistente en una medida neutra que provoca un impacto adverso desproporcionadamente mayor en un colectivo que en otro, por ejemplo, un requisito como la estatura que puede segregar a más mujeres que hombres. Asimismo, se autoriza al Estado a implementar acciones positivas para corregir los desequilibrios reales en la sociedad, a favor de colectivos perjudicados. Tal sería el caso, por

ejemplo, del fomento del empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares, las mujeres, los discapacitados, etc. Se consagra por la Constitución (artículo 2 numeral 2 y artículo 26 numeral 1), por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículos 33 y 79) e innumerables otras disposiciones nacionales e internacionales.

El de primacía de la realidad opera para preferir la verdad oculta a las formas aparentes, en supuestos como el encubrimiento de un vínculo laboral tras la máscara de uno civil, o de un contrato de duración indefinida disimulado tras otro de duración determinada, o de una calificación como trabajador de dirección o de confianza a quien no desempeña un cargo de tal naturaleza. Se consagra por la Ley General de Inspección (artículo 3 inciso b) y su Reglamento (artículo 9) y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 77)

El de fomento por el Estado de la autonomía colectiva busca estimular que el ordenamiento laboral se construya principalmente sobre la base de convenios colectivos producidos por las propias partes, con el soporte estatal, y sólo supletoriamente por el Estado, allí donde la autonomía colectiva no se ejerce. Se consagra por la Constitución (artículo 28 numeral 2) y el Convenio Internacional del Trabajo 98 (artículo 4).

El de fomento de la formalidad para favorecer a las empresas que cumplen la legislación en la obtención de beneficios por el Estado. Esta podría ser la base sobre la cual se aliente la formalización de las microempresas, a través de mecanismos tributarios, financieros, crediticios, etc., sin sacrificar los derechos de los trabajadores.

IV. FUENTES

En este rubro se presenta una relación de las principales fuentes normativas o no normativas de las relaciones individuales o colectivas de trabajo (artículo XII). La enumeración no es exhaustiva ni supone una ordenación jerárquica. Luego se alude a las características más relevantes de algunas de ellas.

El artículo XIII toma dos conceptos de la actual Constitución (que están también previstos en el proyecto de nueva Constitución): de un lado, la cláusula de los derechos implícitos, conforme a la cual los tratados sobre derechos humanos completan la enumeración de derechos contenida en la Constitución y la ley (artículo 3); y de otro, cumplen una función interpretativa de éstas (Cuarta Disposición Final y Transitoria). Ambas propiedades se resaltan, como parece pertinente, en el caso de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

El artículo XIV precisa el alcance de los decretos de urgencia en la línea de lo dispuesto por la Ley sobre atribuciones normativas del Presidente de la República (artículo 4). Se trata de constreñir la utilización de esa figura de excepción, de la que con frecuencia se ha hecho abuso, a su verdadero ámbito laboral: los derechos de los trabajadores públicos regidos por la Ley de Presupuesto. En consecuencia, los decretos de urgencia en materia laboral no podrían afectar los derechos de los trabajadores de la actividad privada y, en el caso de los del sector público, no podrían suspender la aplicación de convenios colectivos sino sólo de las normas presupuestarias.

El artículo XV distingue, como lo ha efectuado la doctrina desde antiguo y lo ha recogido nuestro ordenamiento (artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), entre las tres partes que puede tener un convenio colectivo: la normativa, la obligacional y la delimitadora. La primera comprende la regulación de las relaciones individuales de trabajo, es decir, de los derechos y obligaciones de los trabajadores y del empleador; asimismo, abarca las reglas sobre articulación entre convenios colectivos o solución de conflictos entre ellos, en los supuestos de negociación colectiva a más de un nivel a la vez. La segunda regula las relaciones colectivas de trabajo, con la salvedad indicada, esto es, los derechos y obligaciones que pactan entre sí las partes celebrantes del convenio colectivo. La tercera determina los ámbitos de vigencia del convenio colectivo, en lo personal (el universo de trabajadores a los que se les aplica), espacial (la unidad en la que rige, que puede ser la empresa o unidades mayores o menores y en un territorio específico) y temporal (desde cuándo y hasta cuándo rige).

El artículo XVI define la costumbre y la consolidación por el transcurso del tiempo, que -como ya dijimos- tienen en común el consistir en comportamientos repetidos que generan conciencia de obligatoriedad, pero tienen de distinto sus efectos: la costumbre produce derechos y obligaciones en forma abstracta (el sujeto destinatario: por ejemplo, los obreros o las enfermeras) y general (la acción prescrita: por ejemplo, tienen derecho a una asignación familiar) y la consolidación por el transcurso del tiempo lo hace de modo concreto y particular.

El artículo XVII remite supletoriamente al Código Civil para la regulación de los supuestos no regulados por la Ley General del Trabajo, condicionando su empleo a la inexistencia de incompatibilidades de naturaleza, que podrían ocurrir entre áreas que tienen concepciones diversas: mientras el Derecho Civil suele considerar a los contratantes como formalmente iguales y libres, el Derecho del Trabajo

los percibe como materialmente desiguales y a uno de ellos como no auténticamente libre. Se repite la remisión efectuada por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, pero en dirección opuesta: desde el ordenamiento suplido hacia el supletorio.

V. VIGENCIA EN EL ESPACIO

En este rubro, se establece primero que las relaciones laborales que carecen de elementos internacionales, porque la contratación y la ejecución han ocurrido en el Perú, se rigen por la Ley General del Trabajo (artículo XVIII).

Luego, el Título Preliminar se ocupa de las relaciones laborales internacionales. Distingue dos tipos (artículo XIX): aquéllas en las que la contratación se ha producido en un país y el cumplimiento total o parcialmente en otro, siendo uno de ellos el Perú; y aquéllas que se ejecutan en sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditadas en el Perú. Serían ejemplos del primer caso, que el contrato se hubiera celebrado en el Perú y la relación se hubiera ejecutado en Chile y Bolivia (quizá también en parte en el Perú) o que el contrato se hubiera celebrado en Argentina y la relación se hubiera ejecutado en el Perú y Ecuador; y, del segundo, el vínculo laboral establecido en la Embajada de España o en la sede de la Comunidad Andina en el Perú. En ningún supuesto interesa la nacionalidad del trabajador.

Sobre las primeras, se señala que se rigen por los tratados que hubiera y, a falta de ellos, por las reglas previstas en el Título Preliminar (artículo XX). Estas reglas determinan que el juez peruano es competente cuando el demandado domicilia en el Perú o cuando, pese a no domiciliar en el Perú, el contrato se celebró o la relación se cumplió en este país. Se inspiran, pues, en los artículos 2057 y 2058 del Código Civil. La legislación aplicable será la peruana cuando la relación se haya cumplido en el Perú, pese a que el contrato se hubiera celebrado en el extranjero; o cuando el contrato se hubiera celebrado en el Perú, pese a que su ejecución se hubiera producido en el extranjero. Aquí se han recogido sólo algunos criterios de los establecidos por el artículo 2095 del Código Civil: se ha eliminado la opción de elegir la ley aplicable, porque hubiera exigido condicionarla a que recayera sobre la más favorable, lo que llevaría al juez a complejas comparaciones, y se han simplificado los supuestos de aplicación de la ley del lugar de cumplimiento y de celebración. En los ejemplos del párrafo anterior, pues, el juez peruano resultaría competente y la ley peruana sería aplicable.

Sobre las segundas, se adopta la moderna teoría de la inmunidad relativa, que excluye de la exención jurisdiccional de que disfrutaban las sedes diplomáticas, ya sean de Estados extranjeros, ya sean de organismos internacionales, en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y los Acuerdos de Sede, respectivamente, a los actos de gestión (artículo XX). Entre estos se encuentran las relaciones laborales. De este modo, mientras un Estado extranjero no podrá ser demandado ante un juez peruano y no podrá ejecutársele una sentencia si hubiera habido un proceso, salvo renuncia a su exención, cuando se trate de un asunto de imperio, sí podrá emplazársele respecto de las relaciones laborales cumplidas en su misión o con sus agentes. Se busca superar así la grave lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, que provoca la adopción de la tesis de la inmunidad absoluta por nuestra jurisprudencia.

VI. VIGENCIA EN EL TIEMPO

La cuestión de la vigencia en el tiempo se aborda en dos artículos (XXII y XXIII). En el primero se determina que la vigencia de las normas se rige por la teoría de los hechos cumplidos, como lo hace el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. De esta manera, la nueva norma (sea una ley, sea un convenio colectivo, sea un reglamento interno de trabajo, etc.) deroga o modifica a su equivalente anterior, con aplicación inmediata para las relaciones laborales existentes. Esto sucede tanto si la nueva norma mejora la situación de los trabajadores, como si la empeora. Luego se restituye la retroactividad laboral benigna, que estuvo prevista en la Constitución de 1979 y la de 1993 inexplicablemente suprimió. Esta propuesta estaba condicionada a que el proyecto de nueva Constitución la restableciera, lo que afortunadamente ha ocurrido. Por tratarse de una excepción a la regla de la irretroactividad, tendría que declararse expresamente el carácter retroactivo de una norma.

En el segundo artículo se reconoce la existencia de derechos adquiridos sólo de actos o hechos no normativos. Está concordado con el artículo XI numeral 4 sobre el principio de condición más beneficiosa.